


ET
VE RI
TAS
CHRISTO
ECCLESIAE

Mit der [illegible]
an Carl Schwarzwald
[illegible]

[illegible signature]

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen

für

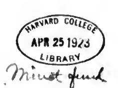
das Jahr 1856.

Neue Folge.

Zwanzigster Jahrgang.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Henrici und Lucht.

Glückstadt.
Gedruckt bei W. Augustin.


HARVARD COLLEGE
APR 25 1923
LIBRARY
Minot fund

Allerhöchst privilegirte
Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

1. Stück. Den 7. Januar 1856.

Entscheidungen.

Ein bestehendes inhibitorium de non copulando steht der Erhebung und Fortführung einer Klage aus einem anderweitigen Eheversprechen gegen dieselbe Partei nicht im Wege.

In Sachen des Tischlergesellen Johann Christoph Möller zu Nienwohld, Klägers und Appellanten, wider Dorothea Wagner zu Poppenbüttel, Beklagte und Appellatin, hauptsächlich wegen Eheversprechens und ausgebrachten Inhibitorii;

ergeben die Acten:

Beklagte, welche vom Kläger geschwängert und im October 1852 mit einem unehelichen Kinde niedergekommen ist, hat eingeräumtermaaßen im Jahre 1852 dem Kläger die Ehe versprochen. Gegen die Vollziehung der in Folge dieses Versprechens beabsichtigten Ehe ist indeß von dem Tischlergesellen Jürs in Wellingsbüttel auf Grund eines ihm angeblich im Jahre 1847 von der Beklagten ertheilten Eheversprechens unterm 21./23. Juli 1852 ein **inhibitorium de non copulando** ausgebracht und ist die zur Justification dieses Inhibitorii rechtzeitig ausgebrachte Ladung auf Anhalten der Parteien wiederholt dilatirt worden. Bevor diese Angelegenheit ihre Erledigung gefunden, hat Kläger seinerseits unterm 5./7. März 1853 ein Inhibitorium wider eine anderweitige Copulation der Beklagten ausgebracht und in seinem demnächst beim Stormarnschen Consistorio eingereichten Justificationslibell unter Bezugnahme auf das ihm von der Beklagten eingeräumtermaaßen ertheilte Eheversprechen, sowie mit dem Anführen, daß selbige nunmehr rechtswidrig sich weigere, dieses Versprechen zu erfüllen, seine Bitte dahin gerichtet:

> daß das von ihm ausgebrachte Inhibitorium vom 5./7. März 1853 für justificirt, Beklagte auch schuldig erkannt werde, binnen 6 Wochen die Ehe mit ihm durch priesterliche Einsegnung zu vollziehen und die angeursachten Kosten zu erstatten.

Die Beklagte hat dieser Klage zunächst die Einrede der angebrachtermaaßen und zur Zeit unstatthaften Klage opponirt, indem sie bemerkte: Es sei gerichtsnotorisch, daß der Tischlergeselle Jürs unterm 21./23. Juli 1852 ein Inhibitorium gegen ihre Copulation mit einem Andern als mit ihm ausgebracht und sodann, gestützt auf ein angeblich ihm von ihr ertheiltes Eheversprechen, eine zur Zeit noch anhängige Klage bei dem Stormarnschen Consistorio gegen sie erhoben habe. Es bestehe daher noch fortwährend, wie dem Kläger völlig bekannt sei, ein äußeres Hinderniß der Vollziehung der Ehe mit ihm und es sei eine arge Frivolität von ihm, wenn er demungeachtet auch seinerseits unabhängig von dem mit Jürs obschwebenden Ehevollziehungsprocesse ebenfalls mit einer Ehevollziehungsklage gegen sie auftrete, statt daß ihm, so lange jener Proceß nicht durch definitive Klagentbindung der Beklagten erledigt worden, nur verstattet sein könne, in selbigen **principaliter** intervenirend mit seinem angeblichen Anspruch und vermeintlichen Vorzugsrechte zur Ehelichung der Beklagten aufzutreten.

Sich demnächst auf die Klage einlassend, hat Beklagte das behauptete Eheversprechen eingeräumt, als fernere Einreden indeß

2) die des berechtigten **repudii** und

3) die der beiderseitigen Einwilligung vorgeschützt,

erstere gestützt auf die Behauptung, daß Kläger sie seit dem Frühjahr 1852 wiederholt roh behandelt und sie zu verschiedenen Malen unter Androhung, sie die Treppe hinunter zu werfen und prügeln zu wollen, mit den Schimpfnamen Petze, blinde Hund, Schlagbaum, benannt habe, letztere mit dem Bemerken: Kläger habe, als am 30. December 1852 Abends ein Streit zwischen ihnen entstanden sei und sie in dieser Veranlassung geäußert, es sei besser, wenn sie aus-

einander blieben, geantwortet, ja, es sei ihm recht. Auch habe er am andern Morgen, nachdem er sie mit Schlägen bedroht, auf ihre Bitte, ihnen doch kein Ansehen zu machen, erwidert, sie selbst habe ja eingewilligt, und sei dann weggegangen. Beim späteren Nachsehen habe sie bemerkt, daß er aus der Commode den ihr geschenkten Verlobungsring mitgenommen, den von ihr ihm geschenkten Ring aber habe liegen lassen und habe er ihr kurz darauf einen Brief geschickt, in dem er bezweckt, sich zu einer anderweitigen Verheirathung freie Hand zu bewahren.

Nachdem mündlich re- und duplicirt worden, hat das Stormarnsche Consistorium unterm 12ten Juni 1854 für Recht erkannt:

> daß Kläger mit seiner zur Zeit unstatthaften Klage unter Verurtheilung in die Kosten abzuweisen sei.

Gegen dieses Erkenntniß hat Kläger appellirt und seine Beschwerden darin gesetzt:

1) daß erkannt, wie geschehen, und nicht vielmehr dahin erkannt worden, daß das ausgebrachte Inhibitorium für justificirt zu achten, Beklagte und Appellatin auch unter Enthörung mit den von ihr vorgeschützten Einreden schuldig sei, die Ehe mit dem Kläger innerhalb 6 Wochen durch priesterliche Trauung zu vollziehen und die angeursachten Kosten zu erstatten;
2) daß nicht das ausgebrachte Inhibitorium für justificirt erachtet, sowie in der Hauptsache der Beklagten und Appellatin rücksichtlich der von ihr opponirten Einrede der mit beiderseitiger Einwilligung geschehenen Aufkündigung des Verlöbnisses, event. der exceptio justi repudii, der entsprechende Beweis auferlegt worden; in omnem eventum
3) daß nicht das ausgebrachte Inhibitorium für justificirt erachtet sei.

Da nun die von der Appellatin vorgeschützte Einrede der nicht devolvirten Appellation als unbegründet erscheint, indem die Appellation gegen Definitiverkenntnisse in der Hauptsache das richtige Rechtsmittel ist, das angefochtene Erkenntniß sich aber mit Rücksicht darauf als eine Definitivsentenz darstellt, daß durch dasselbe die angestellte Klage gänzlich beseitigt und die künftige Rechtsverfolgung nur mit einer neuen Klage freigelassen worden ist, so steht zunächst zur Frage, ob das von dem Tischlergesellen Jürs gegen die Appellatin erwirkte inhibitorium de non copulando der Geltendmachung des klägerischen Anspruchs zur Zeit obstirt?

In Erwägung nun, daß das fragliche Inhibitorium mit der gesetzlichen Wirkung verbunden ist, daß, so lange dasselbe in Kraft besteht, die Ehe des Appellanten mit der Appellatin nicht vollzogen werden darf;

in Erwägung daher, daß der zwischen dem Tischlergesellen Jürs und der Appellatin in Veranlassung des gedachten Inhibitorii obschwebende Matrimonialstreit als ein für die Geltendmachung des vom Appellanten erhobenen Anspruchs auf Vollziehung der Ehe mit der Appellatin präjudicieller erscheint, der Begriff einer Präjudicialsache es aber mit sich führt, daß durch deren vorgängige Entscheidung der davon abhängige Anspruch bedingt ist, auch die Appellatin, so wenig ihr gestattet sein würde, die Ehe mit dem Appellanten, auch wenn sie wollte, einzugehen, bevor das wider sie vom Tischlergesellen Jürs ausgebrachte Inhibitorium aufgehoben worden, eben so wenig hierzu rechtlich schuldig erkannt werden darf, ein desfallsiges Erkenntniß vielmehr, da es dem copulirenden Prediger gesetzlich untersagt ist, eine Trauung, gegen welche ein Inhibitorium erwirkt worden, vor Aufhebung desselben zu vollziehen, eine gegen ein öffentliches Gesetz anstoßende Nullität involviren würde;

in Erwägung, daß daher die erste Beschwerde des Appellanten als unbegründet erscheint, die Verwerfung derselben aber zur Folge hat, daß auf die Hauptsache selbst nicht eingegangen und mithin die in der zweiten Beschwerde beantragte Beweisauflage nicht erkannt werden kann;

in Erwägung endlich, daß die dritte Beschwerde sich gleichfalls zur Berücksichtigung nicht eignet, indem die Rechtsbeständigkeit des vom Appellanten ausgebrachten Inhibitorii durch den endlichen Ausfall der von ihm angestellten Klage bedingt und daher in Folge der nur zur Zeit erkannten Abweisung dieser Klage auch als aufgehoben nicht erachtet werden kann,

wird, in Erwägung vorstehender Gründe, nach eingelegten Receſſen und Unterinstanzacten, nach stattgehabter mündlicher Verhandlung, von Oberconsistorialgerichtswegen hiedurch für Recht erkannt:

> daß das angefochtene Erkenntniß des Stormarnschen Consistorii vom 12. Juni 1854 zu bestätigen und zur Vollstreckung an die Unterinstanz zurückzuweisen, Appellant auch schuldig sei, der Appellatin die Kosten dieser Instanz, deren Verzeichnung und Ermäßigung vorbehältlich, sobald er des Vermögens, zu erstatten.

Wie denn solchergestalt hiedurch erkannt wird

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Oberconsistorium zu Glückstadt, den 19. Februar 1855.

Der Kläger und Appellant hat gegen dieses Erkenntniß das Rechtsmittel der Appellation an das Königliche Oberappellationsgericht zu Kiel zur Hand

genommen, worauf das nachstehende Erkenntniß erfolgt ist:

Frederik der Siebente &c.

In Sachen des Tischlergesellen Johann Christoph Möller zu Nienwohld, Klägers, jetzt Appellanten, wider Dorothea Wagner c. cur. zu Poppenbüttel, Beklagte, jetzt Appellatin, wegen Eheversprechens, jetzt Appellation gegen das Erkenntniß des Holsteinischen Oberconsistoriums vom 19. Februar d. J.,

wird, unter Mittheilung einer Abschrift der Erklärung der Appellatin und nach stattgehabter Verhandlung,

in Erwägung

1) daß die Einrede der nicht devolvirten Appellation aus den dem angefochtenen Erkenntnisse vorangestellten Entscheidungsgründen mit Recht verworfen ist;

2) daß durch ein gerichtliches Erkenntniß nur die Rechte der streitenden Theile gegeneinander festgestellt werden, folglich, wenn die Beklagte demnächst verurtheilt werden sollte, die Ehe mit dem Kläger zu vollziehen, durch ein solches Urtheil die Widerspruchsrechte Dritter gegen die Vollziehung dieser Ehe nicht beseitigt werden, das von Jürs ausgebrachte Inhibitorium vielmehr in unveränderter Gültigkeit fortbestehen bleiben würde, so daß der Kläger die Aufhebung dieses Inhibitorii nicht auf den Grund des gegen die Beklagte, sondern lediglich auf den Grund eines etwa gegen Jürs erstrittenen Urtheils verlangen könnte; mithin das von Jürs ausgebrachte Inhibitorium der Fortführung des zwischen dem Kläger und der Beklagten obschwebenden Processes nicht entgegensteht;

3) daß Jürs freilich behauptet hat, früher, als der Kläger, von der Beklagten ein Eheversprechen erhalten zu haben, und daß, wenn er diese seine Behauptung beweisen sollte, das dem Kläger von der Beklagten ertheilte Eheversprechen dem Jürs gegenüber keine Wirkung äußern kann, daß indessen die Beklagte gleichwohl dadurch verpflichtet bleiben würde, weshalb die Sache des Jürs für die vorliegende Sache nicht präjudiciell ist;

4) daß es allerdings sehr wohl möglich ist, daß die Beklagte demnächst verurtheilt wird, sowohl den Jürs, als den Kläger zu heirathen, daß sie nun freilich nur mit dem Einen von beiden die Ehe vollziehen kann; daß sich indessen hieraus nicht ergiebt, daß die Beklagte nicht gleichzeitig von Mehreren auf Eingehung der Ehe belangt werden kann, indem die Collision auf die Weise zu beseitigen ist, daß auf den Antrag dessen, dem das Eheversprechen zuerst von der Beklagten ertheilt worden ist, das von dem Andern ausgebrachte Inhibitorium aufgehoben werden muß, so daß demjenigen, dessen Eheversprechen das jüngere ist, nur eine Klage auf Entschädigung übrig bleibt;

5) daß es dem Kläger zwar freigestanden hätte, in dem Processe des Jürs gegen die Beklagte zu interveniren, daß er aber nicht, wie die Beklagte behauptet, verpflichtet war, sein vermeintliches Recht im Wege der Principalintervention geltend zu machen, weil es regelmäßig lediglich von dem Ermessen dessen, der ein selbstständiges Recht geltend zu machen beabsichtigt, abhängt, ob er, wenn die Voraussetzungen der Zulässigkeit einer Principalintervention vorhanden sind, als Principalintervenient in einem schon obschwebenden Processe auftreten oder von einem solchen Processe ganz absehen und als Kläger auftreten will;

6) daß demnach die Einrede der angebrachtermaaßen und zur Zeit unstatthaften Klage sich als unbegründet darstellt, und daß, da über die peremtorischen Einreden in den früheren Instanzen noch nicht erkannt worden ist, die Sache zur ferneren Verhandlung an das Stormarnsche Consistorium zu verweisen ist,

hiemit für Recht erkannt:

daß das Urtheil des Holsteinischen Oberconsistoriums vom 19. Februar d. J. dahin abzuändern:

daß Beklagte mit der Einrede der angebrachtermaaßen und zur Zeit unstatthaften Klage nicht zu hören, Kläger daher in einem von ihm bei dem Stormarnschen Consistorio auszubringenden Termine zur hauptsächlichen Verhandlung zuzulassen. Unter Vergleichung der Kosten, soweit nicht rechtskräftig darüber erkannt worden.

V. R. W.

Die Kosten werden bestimmt für den Anwalt der Beklagten auf 47 ℛ︁ 48 ß und für den Procurator der Beklagten auf 4 ℛ︁ 77 ß.

Urkundlich &c. Gegeben im Königlichen Oberappellationsgericht zu Kiel, den 7. November 1855.

Die Verpflichtung zur Zahlung einer Satisfactionssumme pro defloratione an die außerehelich Geschwächte erstreckt sich auch auf den verheiratheten Stuprator.

In Sachen des Dienstmädchens Anna Mohr in der Bülow'schen Wildniß c. c., Provocantin und Klägerin, wider den Käthner Pingel daselbst, Provocaten und Beklagten, wegen Schwängerung, daher Satisfaction, sowie Alimentation,

ergeben die Acten:

Die Klägerin hat gegen das von dem Justitiariat der Bülow'schen Wildniß nach verhandelter Sache unterm 8. Februar d. J. abgegebenen Beweisinterlocut die Provocation an das Obergericht eingelegt und nach ausgebrachter Ladung zur Begründung ihrer Klage im Wesentlichen angeführt: Beklagter habe sie gegen Ende Januar oder Anfang Februar v. J., an einem Tage, als gerade seine Frau und Kinder in Glückstadt gewesen, zum Beischlaf verleitet. Zufolge dessen sei sie schwanger geworden und habe am 21. October v. J. eine Tochter geboren, als deren Vater sie sowohl in der Geburtsnoth, als auch später gegen den Prediger, den Beklagten angegeben habe. Beklagter habe auch seine Verpflichtung, das am 21. October geborene Kind der Klägerin zu alimentiren, nach der Geburt desselben ausdrücklich anerkannt und sich verpflichtet, 1 ℔ Cour. wöchentlich an die Klägerin zur Alimentation desselben zu bezahlen. Klägerin habe nämlich am Tage nach ihrer Niederkunft ihren Bruder Jasper Mohr zu dem Beklagten gesandt, um diesem die Anzeige von der Geburt einer Tochter zu machen und sich mit ihm über die Alimentation derselben zu einigen. Ihr Bruder habe dem Beklagten, den er in Glückstadt getroffen, mitgetheilt, daß seine Schwester ihn als Vater angegeben, daß sie ihr Kind nicht alimentiren könne, sich aber nicht an die Armenkasse wenden wolle, und der Beklagte habe erwidert, „er wolle ihr das Kind groß helfen, aber viel könne er auch nicht hergeben, ohne daß seine Familie es bemerke", worauf der Bruder der Klägerin entgegnet habe, „1 ℔ wöchentlich könne er doch wohl hergeben, ohne daß seine Familie es merke", was Beklagter bejaht und sich zur Zahlung dieser Summe bereit erklärt, auch sofort dem Bruder 15 ℔ mit den Worten eingehändigt habe: „die kannst Du Anna (der Klägerin) erst mal geben", indem er nur noch gebeten, die ganze Sache möglichst verschwiegen zu halten, damit seine Familie nichts davon erfahre, was der Bruder mit den Worten zugesagt, „ja, soweit es anginge, aber angegeben wäre er einmal."

Klägerin stütze demnach die Verpflichtung des Beklagten zur Alimentation des Kindes auf das zwiefache Fundament ihrer stattgehabten Schwängerung und des von ihm gegebenen Versprechens und beide facta würden, wenn sie in Abrede gestellt, ihr alternativ zum Beweise verstellt werden müssen. Außerdem sei Beklagter aber auch rechtlich verbunden, ihr die Wochenbettskosten nebst Tauf- und Hebammengebühr zu erstatten und ihr eine unter Berücksichtigung seiner günstigen Vermögensumstände zu bestimmende Entschädigung pro defloratione zu leisten und richte sie also ihren Antrag dahin:

daß Beklagter schuldig zu erkennen, ihr pro defloratione die Summe von 160 ℛ R.-M. event. die vom Gericht bestimmte Summe zu bezahlen, ihr die Wochenbettskosten nebst Tauf- und Hebammengebühr, deren Verzeichnung und Bestimmung vorbehältlich, zu erstatten und ihr zur Alimentation des am 21. October d. J. gebornen Kindes pränumerando wöchentlich 1 ℔ Cour. = 51 ß R.-M. von der Geburt des Kindes bis zu dessen zurückgelegtem 18. Lebensjahre oder, falls es früher einen eignen Stand ergreifen sollte, bis dahin unter Kürzung der bereits gezahlten 15 ℔, zu bezahlen, ref. exp.

Excipiendo hat Beklagter nur eingeräumt, daß Klägerin ihn als Vater ihres am 21. October v. J. gebornen Kindes sowohl vor der Geburt gegen die Hebamme, als vor der Taufe gegen den Prediger, angegeben habe, hat aber im Uebrigen sich verneinend auf die Klage eingelassen, derselben, insoweit sie auf eine angeblich getroffene Vereinbarung gestützt worden, die Einrede der unbestimmten und dunklen Klage opponirt und in Beziehung auf die Forderung pro defloratione bemerklich gemacht, daß ihn als Ehemann, selbst wenn er der Schwängerer wäre, kein Gesetz zur Leistung einer Deflorations- und Satisfactionssumme verpflichte, eine so bedeutende Summe, wie die Klägerin verlange, auch jedenfalls seinen Vermögensverhältnissen nicht entsprechend sein werde.

Nach stattgehabter Verhandlung steht solchemnach zur Frage:

1) ob der Klägerin ihrem Antrage gemäß außer dem Beweise der Schwängerung auch noch alternativ der Beweis des von ihr daneben noch geltend gemachten Klagfundaments aufzuerlegen ist;
2) ob der vom Beklagten gegen seine eventuelle Verpflichtung zur Bezahlung einer Entschädigung pro defloratione aus seiner Eigenschaft als verheiratheter Mann entlehnte Einwand für begründet zu erachten?

In Erwägung nun, daß die Beredungen, welche nach Inhalt der Klage zwischen dem Beklagten und dem Bruder der Klägerin an dem Tage nach der Geburt des von letzterer außer der Ehe gebornen Kindes über die Alimentirung desselben stattgefunden haben, keineswegs in jeder Beziehung und namentlich auch nicht hinsichtlich des Objectes zu einem so entschiedenen und bestimmten Abschluß geführt haben, daß angenommen werden dürfte, es sei eine förmliche Vereinbarung, wenigstens in Beziehung auf die zu leistenden Alimente, unter den Parteien zu Stande gekommen, indem weder darüber etwas ausgemacht worden, wie lange mit der Zahlung von 1 ℔ wöchentlich fortgefahren werden solle, noch ob damit alle für den Beklagten aus der Schwängerung rechtlich resultiren-

den Verpflichtungen erschöpft sein, oder der Klägerin ihre sonstigen Ansprüche auch daneben vorbehalten bleiben sollen;

in Erwägung, daß sich auch in den Aeußerungen, deren sich Beklagter bei der fraglichen Gelegenheit bedient haben soll, eine Anerkennung seiner Verpflichtung zur Erfüllung der dem Schwängerer der Klägerin obliegenden rechtlichen Verpflichtungen nicht mit solcher Entschiedenheit ausspricht, daß es gerechtfertigt erscheinen könnte, wenn man darin eine selbstständige **causa obligationis**, ein **constitutum debiti proprii**, erblicken wollte;

in Erwägung, daß sonach zu der beantragten alternativen Beweisauflage kein ausreichender Grund vorliegt;

in Erwägung ferner, daß die vaterländische Praxis die aus dem Canonischen Rechte (**cap. 1 u. 2 X. de adult. et stupr.**) abgeleitete Verbindlichkeit des Stuprators zur Zahlung einer Geldsumme **pro defloratione** als eine Entschädigung für die durch die außerehelichen Schwängerung verlorne jungfräuliche Ehre und die dadurch herbeigeführte Schwierigkeit einer anständigen Verheirathung auffaßt und eben deshalb auch den verheiratheten Stuprator gleich wie den unverheiratheten zur Leistung einer Entschädigung **pro defloratione** für verpflichtet erachtet;*)

in Erwägung, daß daher der vom Beklagten zur Elidirung des klagend verfolgten Satisfactionsanspruchs vorgebrachte Einwand unbegründet ist, die Größe der zu erkennenden Deflorationssumme aber dem richterlichen Ermessen vorbehalten bleibt,

wird nach auf eingelegte Recesse stattgehabter mündlicher Verhandlung, in Erwägung vorstehender Gründe, von Obergerichtswegen für Recht erkannt:

könnte und würde Klägerin, Gegenbeweis und Eide vorbehältlich, innerhalb Ordnungsfrist, rechtlicher Art nach darthun und erweisen:

daß Beklagter zu einer solchen Zeit sich mit ihr fleischlich vermischt habe, daß er rechtlicher Präsumtion nach als der Vater des von ihr am 21. October 1853 gebornen Kindes anzusehen sei,

so würde sowohl in der Hauptsache, als der Kosten wegen, weiter ergehen, was den Rechten gemäß.

Wie denn solchergestalt hiedurch erkannt wird

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. **Publicatum** im Königl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 22. Septbr. 1854.

*) cfr. S. H. Anz. VII. (1843) S. 14 und 207. — W. v. Schirach, Beiträge zur Anwendung des Rechts, S. 188.

Die Provocantin und Klägerin appellirte hiegegen an das Königl. Oberappellationsgericht, welches darauf das nachstehende Erkenntniß abgab:

Frederik der Siebente ꝛc.

In Sachen des Dienstmädchens Anna Mohr in der Bülow'schen Wildniß **cum cur.**, Provocantin und Klägerin, jetzt Appellantin, wider den Käthner Johann Pingel daselbst, Provocaten und Beklagten, jetzt Appellaten, hauptsächlich wegen Schwängerung, daher Satisfaction und Alimentation, jetzt Appellation gegen ein Erkenntniß des Holsteinischen Obergerichts vom 22. September 1854,

wird, nach verhandelter Sache, unter Mittheilung der eingezogenen Erklärung des Appellaten,

in Erwägung, daß, nach der in der Klage enthaltenen Darstellung, der Bruder der Klägerin, Jasper Mohr, bei der am 22. October 1853 mit dem Beklagten gehaltenen Unterredung Namens seiner Schwester deren Niederkunft dem Letzteren mit dem Hinzufügen, daß sie zur Ernährung des Kindes nicht im Stande sei, angezeigt, sich mithin als Beauftragter seiner Schwester kundgegeben hat;

daß in der ferneren Aeußerung des Jasper Mohr, „1 ß wöchentlich könne er, Beklagter, wohl hergeben, ohne daß seine Familie es merke," ein bestimmtes Verlangen des Bevollmächtigten der Klägerin in Beziehung auf die Ernährung des Kindes ausgesprochen worden ist, so wie der Beklagte, wenn er dieses bejahte und sich zur Zahlung dieser Summe bereit erklärte, nachdem er schon früher geäußert hatte, er wolle der Klägerin das Kind großhelfen, ebenfalls mit genügender Bestimmtheit der Klägerin gegenüber die Verbindlichkeit zur Zahlung der genannten Beiträge übernommen hat, und daß ferner die unmittelbar auf jene Aeußerung des Beklagten erfolgte Hingabe von 15 ß an Jasper Mohr mit dem Bemerken: „die kannst Du Anna erst mal geben," unter den angegebenen Umständen als eine Abschlagszahlung auf die versprochenen Beiträge, die Entgegennahme dieses Geldes auf Seite des Jasper Mohr aber, in Verbindung mit dem vorher erwähnten Verlangen desselben, als eine Annahme des Versprechens des Beklagten für die Klägerin aufzufassen ist;

in Erwägung sodann, daß in diesen Thatsachen eine Vereinbarung über die dem Beklagten, als außerehelichem Schwängerer, obliegende gesetzliche Alimentationspflicht gefunden werden muß und daher aus dem Mangel einer ausdrücklichen Verabredung über den Zeitpunkt, bis zu welchem die jährlichen Beiträge fortdauern sollten, ein Einwand gegen das Zustandekommen einer rechtsverbindlichen Vereinbarung nicht hergeleitet werden kann, indem bei diesem Mangel

einer ausdrücklichen Verabredung die Fortdauer der Alimentationspflicht bis zu dem im § 16 der Armenordnung vom 29. Decbr. 1841 festgesetzten Zeitpunkte, also bis die Tochter der Klägerin einen eigenen Stand ergriffen oder das 18te Lebensjahr zurückgelegt haben werde, als von den Contrahirenden beabsichtigt anzusehen ist; und

in Erwägung endlich, daß diesemnach die in der Klage behaupteten Thatsachen zur Begründung einer rechtsverbindlichen Vereinbarung als geeignet anzusehen sind,

hiedurch für Recht erkannt:

daß das angefochtene Erkenntniß vom 22. September 1854 dahin abzuändern sei:

Könnte und würde Klägerin, Gegenbeweis und Eide vorbehältlich, innerhalb Ordnungsfrist vor dem Holsteinischen Obergerichte rechtlicher Art nach darthun und erweisen: entweder, daß Beklagter zu einer solchen Zeit sich mit ihr fleischlich vermischt habe, daß er rechtlicher Präsumtion nach als der Vater des von ihr am 21. October 1853 gebornen Kindes anzusehen sei; oder: daß der Beklagte auf die in der Klage näher angegebene Weise gegen den im Namen der Klägerin mit ihm unterhandelnden Bruder derselben, Jasper Mohr, sich verpflichtet habe, zur Unterhaltung des Kindes der Klägerin wöchentlich 1 ß v. Crt. beizutragen,

so würde sowohl in der Hauptsache als der Kosten wegen ferner ergehen, was den Rechten gemäß; unter Vergleichung der Kosten dieser Instanz.

V. R. W.

Urkundlich 2c. Gegeben im Königl. Oberappellationsgerichte zu Kiel, den 22. Mai 1855.

I

Der Satisfactionsanspruch der außer der Ehe Geschwängerten wird weder durch einen Vergleich über den Alimentationsanspruch, noch durch die Fortsetzung des Beischlafs mit dem Schwängerer, noch durch späteren Beischlaf mit Anderen wegfällig.

In Sachen des Fabrikanten Johann Friedrich Ellenberger in Collau, Beklagten und Appellanten, wider Maria Christiane Elisabeth Griesing aus Niendorf c. cur., Klägerin und Appellatin, hauptsächlich wegen Alimentation und Satisfaction,

ergeben die Acten:

Klägerin hat agendo vorgebracht: sie sei am 8. April 1847 von dem Beklagten geschwängert worden und habe in Folge dessen am 2. Januar 1847 als primipara einen unehelichen Sohn geboren, als dessen Vater sie in der Geburtsnoth den Beklagten namhaft gemacht, Beklagter habe auch vertragsmäßig für dieses Kind bisher jährlich 51 ℛ 49 ß R.=M. Alimentengelder bezahlt. Darauf sei Klägerin vom Beklagten zum zweiten Male geschwängert worden und habe im Altonaer Gebärhause außerehelich geboren, sich aber in Ansehung dieses Kindes des Rechts beraubt, ihre Ansprüche gegen den Beklagten geltend zu machen, indem sie über dessen Betragen erzürnt, leichtsinniger Weise das Kind auf seinen Namen nicht habe taufen lassen. Endlich habe sie, nachdem sie am 14. Febr. 1852 wiederum mit dem Beklagten fleischlichen Umgang gepflogen, am 9. Novbr. 1852 wiederum außerehelich geboren, auch den Beklagten als Vater ihres Kindes in der Geburtsnoth genannt, und hat mit Rücksicht auf diese ihre Anführungen Klägerin gebeten,

daß Beklagter schuldig erkannt werde, das von Klägerin am 9. Novbr. 1852 geborne Kind als das seinige anzuerkennen und zu alimentiren, die Kosten des Wochenbetts zu zahlen, ihr event. die Unzuchtsbrüche von der Hand zu halten, ferner aber ihr pro defloratione 480 ℛ R.=M. s. c. m. zu bezahlen und die erwachsenen Proceßkosten zu erstatten.

Von dem Beklagten sind neben dem Ableugnen, jemals mit der Klägerin concumbirt zu haben, der Klage in Ansehung der geforderten Deflorationssumme die Einreden des Verzichts, der Verjährung und des durch Verschulden der Klägerin erloschenen Rechts auf Satisfaction opponirt worden, indem Klägerin durch den mit dem Beklagten geschlossenen Vergleich hinsichtlich der Alimentation ihres ersten Kindes auf die Deflorationssumme Verzicht geleistet habe, die außereheliche Schwängerung ferner eine Injurie sei, aus welcher innerhalb Jahresfrist die Ansprüche geltend zu machen wären, endlich die dem Schwängerer gesetzlich zustehende Alternative des ducere oder dotare von der Klägerin, da selbige sich mit anderen Mannspersonen abgegeben habe, wie dieß daraus hervorgehe, daß ihr zweitgebornes Kind nicht auf den Namen des Beklagten getauft worden, demselben unmöglich gemacht sei, und hat Beklagter schließlich um Abweisung der Klage, ref. exp., gebeten.

Nach verhandelter Sache ist hierauf von der Pinneberger Landdrostei unterm 10. Januar 1854 erkannt worden:

daß der Beklagte mit den erhobenen Einreden nicht zu hören. Könnte und würde Klägerin rechtlicher Art und Ordnung nach darthun und beweisen:

1) daß Beklagter ihr zur Zeit vom 8. April 1847 bis zum 183sten Tage von ihrer am 2. Januar 1848 erfolgten Entbindung fleischlich beigewohnt,

2) daß derselbe ihr am 14. April 1852 fleischlich beigewohnt habe,

so wird nach solchen geführten oder nicht geführten Beweisen, vorbehältlich der Gegenbeweise und der Eide, weiter ergehen, was den Rechten gemäß.

Gegen dieses Erkenntniß hat der Beklagte appellirt und seine Beschwerden darin gesetzt:

1) daß Klägerin nicht mit ihrer Deflorationsrechnung pure abgewiesen; event.

2) daß ihr nicht zugleich zu beweisen auferlegt worden, daß der Beklagte ihr zu einer ihrer zweiten Niederkunft entsprechenden Zeit fleischlich beigewohnt habe; event.

3) daß nicht dem Beklagten der Beweis freigelassen worden, daß Klägerin nach der Geburt ihres ersten Kindes mit einem Andern sich verlobt oder mit einem Andern fleischlichen Umgang gepflogen; event.

4) daß die Entscheidung über die Einrede des durch der Klägerin Verschulden erloschenen Satisfactionsanspruchs nicht auch von dem Gelingen oder Nichtgelingen des zweiten Beweises abhängig gemacht und dahin interloquirt worden:

Könnte und würde Klägerin rechtlicher Art nach darthun und beweisen, daß der Beklagte ihr am 14. April 1852 fleischlich beigewohnt habe, so würde nach solchem geführten oder nicht geführten Beweise, vorbehältlich der Gegenbeweise und der Eide, nicht nur wegen der Alimentation des von der Klägerin am 9. Novbr. 1852 gebornen Kindes s. w. d. a., sondern auch wegen des Satisfactionsanspruchs weiter ergehen, was den Rechten gemäß.

Es steht demnach zur Frage, ob diese Beschwerden als begründet anzusehen sind?

In Erwägung nun, daß der Vergleich, welchen die Klägerin mit dem Beklagten in Beziehung auf die Alimentation ihres erstgebornen unehelichen Kindes geschlossen haben will, einen Verzicht auf die ihr wegen erlittener Schwängerung zustehenden Satisfactionsforderung nicht involvirt, da, wenn auch beide Forderungen aus derselben Thatsache entspringen, selbige doch dergestalt mit einander objectiv concurriren, daß die eine weder in einem vorbereitenden, noch in einem alternativen oder subsidiären Verhältniß zu der andern steht, und daher das Erlöschen einer dieser Forderungen an sich den Wegfall der anderen nicht mit sich führt;

in Erwägung, daß ebensowenig die von der Klägerin behauptete Fortsetzung des Beischlafs mit dem Beklagten nach der Geburt ihres ersten Kindes den Wegfall der fraglichen Satisfactionsforderung stillschweigends zur Folge gehabt hat, und die aus dem Verhältniß eines Ehegatten entnommene Analogie, der mit einer Klage wider den andern Theil **ob adulterium** nicht gehört wird, sobald sich ergiebt, daß er nach erlangter Kunde der Untreue das eheliche Beisammenleben mit dem schuldigen Theile fortgesetzt hat, **in casu quo** deshalb nicht zutreffend ist, weil sich aus dem ehelichen Zusammenleben mit dem schuldigen Theil nach erlangter Kunde der Untreue desselben ein stillschweigender Verzicht auf Trennung der Ehe mit hinreichender Concludenz folgern läßt, während überall kein Grund vorliegt, aus dem fortgesetzten Beischlaf mit dem Schwängerer einen Verzicht der Geschwängerten auf die ihr gesetzlich zustehende Satisfactionsforderung **pro defloratione** zu entnehmen;

in Erwägung, daß allerdings die Klägerin, welche ihren Anspruch auf Satisfaction aus der vom Beklagten am 8. April 1847 erlittenen Schwängerung herleitet, auf Deflorationsentschädigung Anspruch zu machen dann nicht berechtigt sein wird, wenn sie schon früher oder in derselben Zeitperiode, in welcher sie mit dem Beklagten zu thun gehabt, mit einem anderen Mann, als dem belangten Stuprator, im verbotenen Geschlechtsumgang gelebt hat, Beklagter sich aber hierauf nicht berufen hat, und der Behauptung desselben, daß die Klägerin nach ihrer Niederkunft mit ihrem ersten unehelichen Kinde sich mit andern Mannspersonen eingelassen, in Beziehung auf die Geltendmachung der Deflorationsforderung derselben kein Gewicht beizulegen ist, weil die Entschädigung für die geraubte jungfräuliche Ehre durch außereheliche Schwängerung oder sonst kund gewordenen unerlaubten Beischlaf gegeben werden soll, die Praxis aber die Entschädigung **pro defloratione** durch Zahlung einer Geldsumme als die Hauptverbindlichkeit des Schwängerers ansieht, und daher die der Klage opponirte Einrede, daß die Klägerin durch eigenes Verschulden dem Beklagten die Eingehung der Ehe moralisch unmöglich gemacht habe, um so weniger rechtlich in Betracht kommen kann, als vom Beklagten überall nicht behauptet worden, daß er der Klägerin

seine Neigung, sich mit ihr verehelichen zu wollen, kund gegeben hat;

wird, da in Erwägung vorstehender Gründe die Appellationsbeschwerden auf Berücksichtigung keinen Anspruch machen können, nach eingelegten Recessen und Unterinstanzacten, so wie nach stattgehabter mündlicher Verhandlung, von Obergerichtswegen hiedurch für Recht erkannt:

> daß **sententia a qua** der Pinneberger Landdrostei vom 11. Januar 1854 zu bestätigen und zur Vollstreckung an die Unterinstanz zurückzuweisen, Beklagter und Appellant auch schuldig sei, der Klägerin und Appellantin die Kosten dieser Instanz, deren Verzeichnung und Ermäßigung vorbehältlich, binnen Ordnungsfrist zu erstatten.

Wie denn solchergestalt hiedurch erkannt wird

V. R. W.

Urkundlich 2c. **Publicatum** im Königl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 13. Sept. 1855.

Ueber die Größe der Deflorationssumme und der Alimentengelder.

Auf die **sub præs.** den 22. November v. J. hieselbst eingereichte Supplicationsschrift der Anna Catharina Aschberg in Stubben **c. cur.**, Klägerin und Supplicantin, wider den Hufnerssohn Theodor Friedr. Küchenbrandt daselbst, Beklagten und Supplicaten, hauptsächlich wegen Schwängerung s. w. d. a., jetzt gegen das Erkenntniß des Königl. Reinfelder Amthauses vom 24. October v. J.,

wird,

in Erwägung, daß der Beklagte den **concubitus** zu einer mit der am 5. August v. J. erfolgten Geburt des Kindes übereinstimmenden Zeit eingestanden hat und demnach nur die Größe der Alimenten- und sonstigen Erstattungsgelder in Frage steht;

in Erwägung, daß zwar zur Erhöhung des auf 16 ℛ R.-M. bestimmten Erstattungspostens für die Wochenbettskosten um so weniger Veranlassung gegeben ist, als die Klägerin ihre desfälligen Ausgaben nicht näher specificirt hat, daß dagegen, was die auf 12 ℛ 77 β R.-M. jährlich bestimmten Alimentengelder betrifft, das **judicium a quo** schon mit Rücksicht auf die Verhandlungsmaxime minder als 16 ℛ nicht hätte erkennen dürfen, weil dazu Beklagter sich **in replicis** eventuell verstanden hatte, daß aber auch 16 ℛ für entsprechend nicht erachtet werden können, weil der uneheliche Vater nach der Armenordnung vom 29. December 1841 § 16 nicht etwa bloß einen Beitrag zur Alimentation des Kindes liefern, sondern die Alimentation ganz bestreiten soll und dazu 16 ℛ jährlich nicht ausreichen;

in fernerer Erwägung, daß die erkannten 16 ℛ **pro defloratione**, welche nach bekannter Gesetzesvorschrift unter dem Gesichtspunkte der Aussteuer aufzufassen sind, nicht einmal dann genügend erachtet werden könnten, wenn beiderseits Parteien dem Tagelöhnerstande angehörten, daß vielmehr, da beide Theile den Familien possessionirter Landleute angehören, und der Beklagte, selbst wenn er zur Zeit kein disponibles Vermögen besitzen sollte, obwohl er nur wenige Tage vor der Niederkunft der Klägerin 160 ℛ ihm verschriebener **materna** hat deliren lassen, doch mit Rücksicht auf seine Verwandtschaft und seinen demnächst aus der väterlichen Hufe zu gewärtigenden Erbtheil, wenn er nur den aufrichtigen Willen hat, seiner rechtlichen Schuldigkeit nachzukommen, den erforderlichen Credit für eine einigermaaßen den Anforderungen der Landessitte entsprechende Dotationssumme unschwer sich zu verschaffen im Stande sein wird,

hiedurch von Obergerichtswegen zum Bescheide gegeben:

> daß die in dem Erkenntnisse des Königlichen Reinfelder Amthauses vom 24./25. Octbr. v. J. auf 12 ℛ 77 β R.-M. bestimmten Alimentengelder auf 24 ℛ R.-M. jährlich zu bestimmen und die **pro defloratione** erkannten 16 ℛ R.-M. auf 50 ℛ R.-M. zu bestimmen seien, wogegen es im Uebrigen bei dem gedachten Erkenntnisse sein Bewenden zu behalten habe.

Urkundlich 2c. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 29. Juni 1855.

Allerhöchst privilegirte
Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

2. Stück. Den 14. Januar 1856.

Entscheidungen.

Ueber das Verhältniß, in dem die Assistenten in der mütterlichen Vormundschaft zu den Unmündigen stehen.

In Sachen der Ehefrau Christine Wilhelmine Briedt, geb. Einfeldt, c. c. m. in Kiel, Klägerin und Appellantin, wider den Erbpächter P. Fr. Boe und den Zimmermann Hinrich Göttsch, beide in Altheikendorf, Beklagte und Appellaten, wegen Schadensersatzes s. w. d. a.;

ergeben die Acten:

Die jetzige Appellantin hat vor dem Schrevenborner Justitiariate klagend vorgebracht: ihre verwittwete Mutter habe im Jahre 1832 eine näher bezeichnete Kathe c. pert. für sich und ihre damals unmündigen drei Kinder, Joachim Einfeldt, die jetzige Klägerin Christine Wilhelmine und Margaretha Einfeldt, cum curatore et assistente in der Vormundschaft, Zimmermeister Hinrich Göttsch, an den Insten Steffen für 800 ℔ und eine jährliche Rente von 5 ℛ verkauft und sei dabei im Kaufcontract festgesetzt:

> Um den drei Kindern des verstorbenen Einfeldt oder einem derselben es möglich zu machen, dereinst in den Besitz der väterlichen Kathe zu kommen, verpflichtet sich Käufer für sich und seine Erben, dem ältesten, zweiten oder dritten Kinde, wenn sie die Jahre der Mündigkeit erreicht haben, also zu Maitag 1850, auf desfallsiges Verlangen die jetzt verkaufte Kathenstelle cum annexis für den reinen Kaufpreis von 426 ℛ 64 ß R.-M. unweigerlich wieder zu überlassen und abzutreten. Jedoch geht diese Verpflichtung bloß gegen die gedachten Kinder und ist daher, wenn sie vor erreichter Mündigkeit sterben oder nach derselben von diesem ihnen vorbehaltenen Rechte keinen Gebrauch machen, Käufer im unumschränkten Besitz der Erbpachtskathe c. pert.

Käufer Steffen habe im Jahre 1838 die Kathe wieder an Rüter verkauft für 480 ℛ baar und 5 ℛ jährlich an die Wittwe Einfeldt. Im § 2 dieses Kaufcontracts heiße es:

> Käufer Rüter tritt in die Bedingungen ein und übernimmt alle diejenigen Verpflichtungen, welche Verkäufer Steffen eingegangen und übernommen, als er diese Kathe cum pert. von der Wittwe Einfeldt und deren Kinder cum cur. et assist. käuflich an sich brachte und welche in dem desfälligen, dem jetzigen Käufer zugleich mit übergebenen, am 6. Januar 1832 errichteten Kaufcontracte näher angegeben und stipulirt sind.

Um eins der gedachten drei Kinder in den Stand zu setzen, von diesem ihnen während ihrer Unmündigkeit vorbehaltenen Rechte Gebrauch zu machen, sei es nothwendig gewesen, daß der Beklagte Göttsch und der Mitbeklagte Boe, welcher 1832 oder 33 (rectius 1835) gleichfalls als Curator und Assistent in der Vormundschaft der Wittwe Einfeldt beigeordnet worden, jedes der drei Einfeldt'schen Kinder, von denen das jüngste erst im Herbst 1848 mündig geworden, vor ihrer Mündigkeit oder mindestens bei erreichter Mündigkeit von diesem Rechte in Kenntniß zu setzen nicht unterlassen hätten. Die Curatoren und Assistenten in der Vormundschaft hätten aber diese Verpflichtung nicht erfüllt und dadurch den Einfeldt'schen Kindern einen Schaden verursacht, den sie ihnen ersetzen müßten.

Die beiden andern Einfeldt'schen Kinder hätten auf ihre durch diese rechtswidrige Handlung der gedachten Assistenten in der Vormundschaft erwachsenen Ansprüche zu Gunsten der Klägerin verzichtet und ihr dieselben cedirt. Klägerin sei also zur alleinigen Anstellung der vorliegenden Klage legitimirt.

Erst im Frühjahr 1852, nachdem also bereits seit Maitag 1850 das ihr und ihren Geschwistern vorbehaltene Recht durch Nichtausübung verloren gegangen, habe Klägerin zufällig durch eine ihr und ihren Geschwistern ertheilte Abschrift der resp. Kaufcontracte

von dem fraglichen Rechte Kunde erhalten. Beklagte hätten sich durch Unterlassung der Mittheilung einer groben Fahrlässigkeit schuldig gemacht. Klägerin würde, falls sie vor Maitag 1850 ihr Recht gekannt hätte, für 266 ℳ 32 ß (800 ℳ) die Stelle übernommen haben, wozu sie damals im Stande gewesen wäre. Schon 1832 sei die Stelle viel mehr werth gewesen, als 800 ℳ, dieser niedrige Kaufpreis habe schon damals in dem lästigen **pactum de retrovendendo** seinen Grund gehabt. Im Jahre 1850 um Maitag habe aber die Kathenstelle einen Werth von mindestens 1800 ℳ gehabt. Die Differenz zwischen dieser Summe von 1000 ℳ gebe mithin den genauen Maaßstab für den der Klägerin verursachten Schaden an, den auf Grund ihrer verschuldeten Fahrlässigkeit die Beklagten ihr ersetzen müßten.

Daher der Antrag:

daß Beklagte **in solidum** schuldig zu erkennen, der Klägerin die libellirten 1000 ℳ nebst 5 pCt. jährlicher Verzugszinsen vom Tage der erhobenen Klage binnen Ordnungsfrist **ref. exp.** auszukehren.

Excipiendo ist

1) abseiten des Beklagten Boe die Einrede der fehlenden Passivlegitimation vorgeschützt. Nach dem Inhalt der Klage selbst sei nämlich der fragliche Kaufcontract am 6. Januar 1832 von Göttsch allein abgeschlossen, Boe aber erst später der Mutter der Klägerin zum Curator beigeordnet. Boe sei erst am 11. August 1835 auf Antrag der gedachten Mutter mit Rücksicht auf eine ihren Kindern zugefallene großmütterliche Erbschaft diesen zum Mitvormund bestellt. Er sei daher nicht allgemein zum Curator und Assistenten in der Vormundschaft, sondern nur zum **curator ad hoc** bestellt und habe keine Veranlassung gehabt, sich um etwas anderes zu bekümmern, als um das seiner Curatel speciell übertragene Verhältniß, sei mithin auch nicht verpflichtet gewesen, seine früheren Mündel von Thatsachen in Kenntniß zu setzen, die überall nicht zu seinem Geschäftskreis gehört; wie er denn auch selbst den Kaufcontract von 1832 nie gesehen. Wenn er am 8. November 1851 als Curator und Assistent bezeichnet und als solcher auf gerichtsseitige Aufforderung seine Zustimmung zu der Delirung des vorbehaltenen Rechtes auf dem Folium des letzten Käufers der qu. Kathenstelle ertheilt habe, so beruhe dies auf einem leicht erklärlichen Irrthum und könne seine Eigenschaft als bloßer Vormund **ad hoc** nicht alteriren;

2) abseiten beider Beklagten die Einrede des fehlenden Klaggrundes. Es stehe actenmäßig fest, daß die Klägerin und ihre Schwester mehrere Jahre, der Bruder aber vier Monate mündig gewesen, bevor der Termin zum Wiederantritt der Stelle (Maitag 1850) abgelaufen gewesen. Die Vormundschaft werde mit dem Eintritt des Mündigkeitsalters **ipso jure** beendigt, der Vormund sei aber nur für seine bisherige Vormundschaft verantwortlich. Es sei daher Sache der Klägerin und ihrer Geschwister gewesen, sich um ihre Angelegenheiten und ihr Interesse selbst zu bekümmern. Eventuell könne durch bloßes Nichtthun eine **culpa** nicht begründet werden. Auch könne das Recht des Pupillen gegen den Vormund nur auf Ersatz des eigentlichen Schadens, nicht aber auf Ersatz eines möglichen Gewinnes gehen. Und da hierauf die Klage gerichtet sei, so sei dieselbe jedenfalls unbegründet.

Eventuell ist dahin **lis** contestirt: Boe leugne, Curator und Assistent in der Vormundschaft gewesen zu sein, Göttsch habe dies Amt 1831 übernommen. Der Inhalt der Kaufcontracte sei richtig angegeben, es sei nicht wahr, daß Klägerin und ihre Schwester von Beklagten Rechnungsablage verlangt hätten und solche von ihnen abgeschlagen sei, nachdem 1839 und 1849 **rite** quittirt sei. Es sei entschieden unwahr, daß der Klägerin und ihren Geschwistern die contractliche Bestimmung, betreffend die Wiederabtretung der fraglichen Stelle vor Maitag 1850, unbekannt gewesen sei, **event.** daß die fragliche Kathenstelle den libellirten Werth habe.

Schließlich ist unter Angabe der näheren Umstände behauptet, daß Klägerin und ihr Bruder vor etwa vier Jahren den Beklagten gegenüber auf das ihnen reservirte Recht verzichtet hätten. Es ist aber bemerkt, daß hierauf keine Einrede des Verzichts gestützt werden, sondern jenes Factum nur zur näheren Begründung der negativen Einlassung dienen solle.

Replicando hat Klägerin geleugnet, daß Beklagter Boe Assistent in der Vormundschaft nur mit Rücksicht auf die großmütterliche Erbschaft gewesen sei, auch behauptet, daß er sich als allgemeiner Vormund gerirt habe und als solcher auch von der Obervormundschaft anerkannt sei. Die Klage sei darauf fundirt, daß die Beklagten die Klägerin überhaupt nicht von dem Rechte qu. in Kenntniß gesetzt hätten; hierzu seien sie spätestens bei erreichter Mündigkeit der Pupillen verpflichtet gewesen. Daß die Einfeldt'schen Kinder 1838 und 1849 für die ganze Vormundschaft **rite** quittirt hätten, sei unwahr.

Nachdem **duplicando** der factische Inhalt der Replik abgeleugnet worden und Beklagter Boe sich in Ansehung seiner Bestellung zur speciellen Vormundschaft, sowie beide Beklagte in Ansehung der geschehenen Quittirung auf Gerichtsnotorietät berufen, hat das Schrevenborner Justitiariat am 4./5. Juli d. J. erkannt:

daß die Klägerin **c. c. m.**, soweit ihre Klage gegen den Erbpächter P. F. Boe gerichtet, wegen mangelnder Passivlegitimation, in der Hauptsache aber mit der erhobenen Schadensersatzklage als einer unbegründeten gänzlich abzuweisen und schuldig sei, den Beklagten die verursachten Kosten,

soweit nicht darüber erkannt, im Verbesserungsfall ihres Vermögens zu erstatten.

Hiergegen hat Klägerin rite das Rechtsmittel der Appellation ergriffen und sich darüber beschwert:

1) daß erkannt, wie geschehen und Klägerin, soweit ihre Klage wider den Erbpächter P. F. Boe gerichtet war, wegen mangelnder Passivlegitimation abgewiesen worden und nicht vielmehr Beklagter Boe, selbst, falls es proceßualisch erwiesen wäre, daß er nur als specieller Vormund der Einfeldt'schen Kinder wegen eines ihnen zugefallenen großmütterlichen Nachlasses bestellt sei, als passiv legitimirt erachtet worden; event.
2) daß erkannt, wie geschehen und nicht vielmehr dem Beklagten Boe zu erweisen auferlegt worden, daß er am 11. August 1835 nicht als allgemeiner, sondern nur als specieller Vormund für den den Einfeldt'schen Kindern anheimfallenden großmütterlichen Nachlaß bestellt worden sei;
3) in der Hauptsache, daß erkannt, wie geschehen und nicht vielmehr der Klägerin und Appellantin der Beweis freigelassen worden, daß die Beklagten Boe und Göttsch oder event. nur der Beklagte Göttsch weder sie noch ihre beiden Geschwister niemals und nicht spätestens bei ihrer erreichten Mündigkeit von dem ihnen bis Maitag 1850 in der väterlichen Kathenstelle zustehenden Rückkaufsrechte in Kenntniß gesetzt hätten; sowie, daß die väterliche Kathenstelle jetzt einen Werth von 1800 ℔. habe, oder wie diese Beweise sonst den Rechten gemäß hätten clausulirt werden müssen; in omnem eventum-
4) daß nicht mindestens die Proceßkosten compensirt worden.

Es steht sonach zur Frage: ob diese Beschwerden für begründet zu erachten?

In Erwägung, daß es sich im vorliegenden Falle überall nicht um die rechtliche Stellung von Vormündern zu ihren Pupillen und um die Frage handelt, ob die Vormünder durch Verletzung ihrer rechtlichen Verpflichtungen sich ihren Mündeln verantwortlich und zum Schadensersatz verbindlich gemacht haben; daß vielmehr aus dem ganzen Acteninhalt und namentlich aus dem Inhalt der Klage selbst hervorgeht, daß die Beklagten nur als Curatoren der Mutter der Klägerin und als Assistenten in ihrer Vormundschaft fungirt haben; sowie daß die Klägerin ihre Schadensersatzansprüche gegen die Beklagten lediglich aus der Behauptung herleitet, daß letztere in ihrer Eigenschaft als Assistenten in der Vormundschaft ihre Verpflichtung insofern verletzt, als sie ihr (der Klägerin) und ihren Geschwistern von dem ihnen contractlich reservirten Rückkaufsrechte zeitig, d. h. mindestens bei Beendigung ihrer Unmündigkeit, Mittheilung hätten machen müssen, was sie nicht gethan;

in Erwägung aber, daß das Amt der Curatoren und Assistenten in der Vormundschaft rechtlichen Grundsätzen nach dieselben überall nicht zu den unmündigen Kindern in das Verhältniß von Vormündern setzt; zufolge dessen sie diesen für eine sorgfältige Verwaltung ihres Vermögens und für Wahrung ihrer Interessen, wie die Vormünder, unmittelbar verantwortlich wären, wie dies schon aus dem Umstande hervorgeht, daß die Assistenten in der Vormundschaft zu einer Rechnungsablage überall nicht verpflichtet sind; daß vielmehr die Assistenten in der Vormundschaft direct nur zu der Mutter in rechtlichem Verhältnisse stehen, indem sie diese, als die natürliche Vormünderin der Kinder, nicht nur in dieser Eigenschaft zu überwachen, sondern auch mit Rath zu unterstützen haben;

in Erwägung, daß mithin, da die gedachten Assistenten selbst unter der Voraussetzung, daß die Klägerin und ihre Geschwister einen Anspruch auf zeitige Mittheilung des ihnen reservirten Rückkaufsrechts gehabt, höchstens verpflichtet gewesen wären, die Mutter der Klägerin auf die Erfüllung ihrer Verbindlichkeit aufmerksam zu machen, gegen die Assistenten ein Schadensanspruch wegen verletzter Amtspflicht von den Kindern nicht daraus hergeleitet werden kann, daß sie letzteren von der Existenz ihres reservirten Rechts keine zeitige Mittheilung gemacht, und zwar um so weniger, da, bei dem laxeren Verhältniß der Assistentschaft in der Vormundschaft, auf den factischen Umstand ein erhebliches Gewicht zu legen ist, daß die Klägerin und ihre Geschwister nach erlangter Mündigkeit bis zu Maitag 1850 geraume Zeit hindurch Gelegenheit gehabt haben, sich durch Einsicht des ihnen zu Gebote gestandenen libellirten Kaufcontracts von dem zu ihren Gunsten gemachten Reservatrecht selbst die erforderliche Kunde zu verschaffen;

in Erwägung, daß sich aus vorstehenden Erwägungen der Ungrund sämmtlicher von der Appellantin gestellten Beschwerden ergiebt,

wird, auf eingelegte Unterinstanzacten und vertheilte Recesse, nach stattgehabter mündlicher Verhandlung, hiedurch von Landgerichtswegen für Recht erkannt:

> daß das angefochtene Erkenntniß des Schrevenborner Justitiariats vom 4./5. Juli d. J. lediglich zu bestätigen. Unter Verurtheilung der Appellantin in die Kosten dieser Instanz, sobald sie des Vermögens.

Wie denn solchergestalt hiedurch erkannt wird

V. R. W.

Urkundlich rc. Publicatum im Königl. Holsteinischen Landgerichte zu Glückstadt, den 11. Octbr. 1853

Bei der Abtheilung einer Wittwe mit ihren unmündigen Kindern erster Ehe bedarf es keines öffentlichen Verkaufs.

Die Wittwe Michels in Oldenburg, welche mit ihrer unmündigen Tochter erster Ehe Abtheilung halten wollte, um zur zweiten Ehe zu schreiten, bat in einem bei dem Obergericht eingereichten Gesuch, daß dies Geschäft auf Grundlage des von ihr zu edirenden eidlichen Inventars zu Stande gebracht werden dürfe, ohne daß es erfordert werde, daß die Nachlaßobjecte, auch nicht das dazu gehörige Wohnhaus in der Stadt Oldenburg sammt Landzubehör, öffentlich verkauft werde.

Sie behauptete, die Vormünder verlangten den Verkauf nicht, wohl aber der Magistrat. Dies Verlangen des Magistrates aber sei etwas ganz Neues. Nach der seitherigen constanten Praxis sei der Verkauf von abtheilenden Wittwen nie verlangt, weder in Oldenburg noch in den benachbarten Städten. Ueberdies fordere auch das Gesetz nur Abtheilung nach eidlichem Inventar von der Mutter nach dem Rescript vom 20. Juli 1782.

Der Oldenburger Magistrat räumte ein, daß allerdings seither von einem öffentlichen Verkaufe der Immobilien bei Abtheilungen einer Wittwe in den meisten Fällen abgesehen sei. Er halte dies Verfahren aber doch nicht für richtig. Rücksichtlich der Mobilien möge eidliche Schätzung, event. Taxation, genügen, rücksichtlich der Immobilien glaube er den öffentlichen Verkauf oder Dispensation vom öffentlichen Verkaufe durch das Obergericht nach dem Rescript vom 31. Juli 1810 verlangen zu müssen.

Das Holsteinische Obergericht hat die in diesem Fall streitig gewordene Frage zu Gunsten der Supplicantin im Sinne der seitherigen Praxis entschieden.

Was den abtheilenden Vater betrifft, so unterliegt es keinem Zweifel, daß er im Gebiete der Königlichen Vormünderverordnung vom 13. September 1743 § 3 vermöge des ihm zustehenden Rechts der väterlichen Aussage (und zwar im altköniglichen Antheile beider Herzogthümer, cfr. Falck, V. pag. 13, Esmarch, Erbrecht, § 80) den gesammten Naturalnachlaß der verstorbenen Frau, möge er in Mobilien oder Immobilien bestehen, behalten und den Kindern nur den ihnen erbrechtlich beikommenden Antheil an dem von ihm selbst veranschlagten Werthe des Nachlasses auszusetzen braucht.

Für die Wittwe findet ein gleiches Recht der gewissenhaften Aussage nicht statt.

Hinsichtlich ihrer ist in der Königl. Vormünderverordnung § 6 nur gesagt, sie solle mit den Kindern rechtliche Theilung zulegen.

Ebenso ist in der Großfürstlichen Vormünderverordnung vom 8. December 1769 § 6 nur vorgeschrieben, die Wittwe solle vor der Wiederverheirathung richtige Abtheilung mit ihren Kindern halten.

Rücksichtlich des Vaters läßt die Großfürstliche Vormünderverordnung § 3 es nach jedes Orts Herkommen dabei bewenden, daß er entweder gewissenhafte Aussage thun, oder nach eidlicher Specification den seinen Kindern beikommenden Antheil auskehre oder protocolliren lasse.

Selbst im letzteren Falle der Abtheilung des Vaters nach eidlicher Specification aber statuirt der § 3 der Großfürstlichen Vormünderverordnung in der Abfindung der Kinder durch Werthantheil anstatt des vom Vater zu behaltenden Naturalnachlasses keinen Unterschied.

Es frägt sich nun, nachdem durch das Rescript vom 20. Juli 1782 rücksichtlich der zur zweiten Ehe schreitenden Wittwe allgemein für Holstein vorgeschrieben ist, daß die ordnungsmäßige Abtheilung der Wittwe auf Grundlage eines zu beeidigenden Inventars geschehen solle, ob diese Abtheilung der Wittwe nicht eben so zu verstehen sei, wie nach § 3 der obenerwähnten Großfürstlichen Vormünderverordnung die Abtheilung des Wittwers nach eidlichem Inventar, d. h. so, daß das Inventar zugleich als Taxationsinstrument gilt und die Kinder blos ihre Werthantheile zu beanspruchen haben, wenn der abtheilende parens den Naturalnachlaß behalten will.

Was den Mobiliarnachlaß betrifft, so dürfte es an einem Beispiel dafür fehlen, daß der abtheilenden Mutter es je streitig gemacht worden wäre, die Mobilien für den von ihr declarirten, von den Vormündern angemessen befundenen Werth, wenn sie es wollte, *in natura* zu behalten.

Daß die Wittwe Michels die Mobilien *pro taxato* behalte, ist auch von dem Oldenburger Magistrat für zulässig erachtet worden.

Und doch verfügen die Vormünderverordnungen gerade auch, daß Mobilien der Unmündigen öffentlich verkauft werden sollen. cfr. Scholz, Vormünderwesen, pag. 35.

Wenn daher bei Abtheilungen der Wittwen nie daran gedacht wird, daß sie das Mobiliar öffentlich verkaufen sollten: so dürfte dies deutlich genug beweisen, daß diese Abtheilungen doch entschieden unter einem anderen Gesichtspuncte betrachtet werden, als sonstige Erbtheilungen unter entfernteren Verwandten. Esmarch in seinem Erbrechte pag. 511 spricht sich allerdings dahin aus, daß bei einer Abtheilung einer Wittwe das bei Erbtheilungen überhaupt anzuwendende Verfahren eintrete, und daß daher etwanige Immobilien der Wittwe unter der Hand, ohne öffentlichen Verkauf, nur mit obergerichtlicher Genehmigung dabei überlassen werden könnten. Für ihn kam das Rescript vom 20. Juli 1782, welches blos für Holstein emanirt ist, nicht in Betracht. Da dieses Rescript aber die Wittwe nur verpflichtet, auf

Grundlage eines eidlichen Inventars abzutheilen, und ein solches Inventar in Betreff der Mobilien unzweifelhaft stets zugleich als Taxationsinstrument gilt, wornach sie die Mobilien beliebig behält und auslöst: so scheint es willkürlich, für Immobilien dem Rescripte eine andere Deutung geben zu wollen. Es wird darin zwischen Mobilien und Immobilien mit keinem Worte ein Unterschied angedeutet. Die Wittwe darf nach Grundlage ihres eidlichen Inventars die Kinder abfinden; ob sie die Immobilien behalten und deren Werth eidlich declariren, oder dieselben öffentlich verkaufen lassen will, muß ihrem freien Ermessen eben so gut überlassen bleiben, als ob sie die Mobilien zum Verkauf bringen oder für den von ihr declarirten Werth behalten will.

In der That kann man auch im Allgemeinen es nicht rechtfertigen, die Abtheilung der Wittwe mit ihren Kindern eben unter denselben Gesichtspunkt zu bringen, wie jede andere Erbtheilung.

Bei den anderen Erbtheilungen findet regelmäßig zwischen den Miterben unter einander nur das Verhältniß statt, daß Jeder dabei interessirt ist, daß sein Erbtheil vergrößert, der des Miterben aber möglichst beschränkt werde. Kinder, die mit der Mutter zusammen erben, werden selten effectiven Vortheil davon haben, wenn die Mutter mit Rigorismus behandelt und durch öffentlichen Verkauf des väterlichen Grundstücks, vielleicht gar der Nahrungsstelle, im ferneren guten Fortkommen beeinträchtigt wird. Eine derartige Fürsorge für die Kinder möchte leicht zu ihrem eigenen großen Schaden ausschlagen. Selbst der juristische und gesetzliche Sprachgebrauch, welcher das Abtheilen, Abschichten, Abfinden der Kinder besonders benennt, deutet darauf hin, daß darunter eben eine besondere Art der Erbtheilung zu denken sei. Insbesondere verfügt das Rescript vom 20. Juli 1782 ausdrücklich, die Wittwe solle in Anleitung eines eidlichen Inventars die Abtheilung vollziehen (nicht in Anleitung ihres Inventars eine gerichtliche Erbtheilung bewirken).

Es sprechen somit genügende Gründe dafür, daß in der Befugniß der Mutter, mit ihren Kindern auf Grundlage eines eidlichen Inventars abzutheilen, zugleich die Ermächtigung liege, Mobilien wie Immobilien für den von ihr veranschlagten und, wenn die Vormünder die Richtigkeit ihrer Schätzung bezweifeln, event. durch ordentliche Taxation zu ermittelnden Werth zu ihrem alleinigen Eigenthum anzunehmen.

Diese Befugniß erleidet natürlich für diejenigen Districte rücksichtlich der Immobilien eine ausnahmsweise Beschränkung, wo gewissen Kindern ein gesetzliches oder herkömmliches Anerbenrecht an der Stelle zusteht. Hier fällt diese natürlich dem Anerben directe an und muß von der Wittwe herausgegeben werden, es sei denn, daß sie den Besitz sich annoch eine Zeit lang durch Setzwirthschaft reservirte.

In den Landdistricten, wo kein Anerbenrecht besteht, wird dagegen der Wittwe die Befugniß, die Stelle pro taxato anzunehmen, nicht bestritten werden. Dies gilt namentlich für die Grafschaft Ranzau, wo die abtheilende Wittwe die zur Masse gehörige Stelle für den in ihrem Inventar angegebenen, event. durch Taxation ermittelten Werth eigenthümlich behält. Es ist dies dort stets als ein Recht der abtheilenden Wittwe betrachtet und deshalb auch nie bei Abtheilungsfällen um Dispensation vom öffentlichen Verkauf, wenn die Wittwe die Stelle des verstorbenen Ehemannes übernimmt, beim Obergericht nachgesucht werden. Zwar existirt für die Grafschaft Ranzau eine eigene Resolution vom 1. Januar 1780, welche die Wittwe ermächtigt, sich auf Grundlage eines eidlichen Inventars, event. förmlicher Taxation, mit den Vormündern der Abtheilung wegen zu vergleichen. Dies besagt aber eben nichts weiter, als was durch das Rescript vom 20. Juli 1782 nachher für das ganze Herzogthum angeordnet ist.

Was ferner die Städte betrifft, so hat eine Nachsicht der im obergerichtlichen Archiv befindlichen Acten über die seit dem Jahre 1849 nachgesuchten Dispensationen vom öffentlichen Verkauf von Grundstücken ergeben, daß diese, mit alleiniger Ausnahme einiger in Rendsburg vorgekommener Fälle, sich nur auf solche Fälle beziehen, in denen entweder die in communione prorogata lebende Mutter oder die Vormünder Immobilien an Fremde veräußern wollten, nicht auf den Fall, wenn die abtheilende Wittwe das Grundstück annimmt.

Nur aus der Stadt Rendsburg liegen vier Fälle vor, der erste aus dem Jahre 1851, in denen die Dispensation vom öffentlichen Verkauf nachgesucht ist, damit das Grundstück pro taxato der abtheilenden Wittwe überlassen werde. Aber auch für diese Fälle hat sich lediglich eine neuere Praxis geltend gemacht, welche sich auch die Einwirkung des damals als Stadtpräsident von Rendsburg fungirenden Verfassers des „Erbrechts im Herzogthum Schleswig" zurückführen läßt, der, wie schon oben bemerkt ist, wenigstens für das Schleswigsche Recht die Nothwendigkeit des öffentlichen Verkaufs behauptet. Vorher hat dagegen auch der Rendsburger Magistrat Abtheilungsacten, durch welche die Wittwe die Besitzung übernommen, ohne Weiteres selbst bestätigt und die Annahme eines Immobile von der abtheilenden Wittwe von anderen Alienationsfällen unterschieden.

Es scheint demnach die Praxis, zufolge deren der abtheilenden Wittwe in den Städten, wo kein Anerbenrecht entgegensteht, den Immobiliarbesitz pro taxato oder nach ihrer eidlichen Schätzung anzunehmen als ein Recht zugestanden ist, aus dem Nichtvorhandensein von Dispensationsgesuchen für solche Fälle (excl. der Stadt Rendsburg) evident genug erwiesen zu sein.

Aus den im Jahre 1833 von dem früheren Obergericht eingezogenen allgemeinen Nachrichten über die Art der Theilung zwischen Aeltern und Kindern nach Lübschem Rechte geht für die hier ventilirte Frage wenig hervor. Namentlich hat der Oldenburger Magistrat damals, weil für die Theilung der Mutter mit den Kindern durch Großfürstliches Rescript vom 23. Juli 1763 die Quoten genau bestimmt seien, nur Beispiele von Abtheilungen zwischen Vater und Kindern beigebracht. Allein so wie in den erwähnten Acten viele Beispiele vorliegen, in welchen der abtheilende Vater den Nachlaßbesitz annahm, so fehlt es darin doch auch nicht an Beispielen von Annahme desselben durch die abtheilende Wittwe, namentlich bei dem Berichte des Heiligenhafener, des Lütjenburger und des Segeberger Magistrats.

Aus den entwickelten Gründen ertheilte das Holsteinische Obergericht der Wittwe Michels unterm 14. Juni v. J. zum Bescheide:

> daß sie, in Ermangelung eines entgegenstehenden Anerbenrechtes der Kinder, berechtigt sei, das zum Nachlaß ihres ersten Ehemannes gehörige Gewese für den in ihrem eidlichen Inventar veranschlagten, event. beim Zweifel der Vormünder über die Richtigkeit der Schätzung durch förmliche Taxation zu ermittelnden Werth bei der mit ihren Kindern zuzulegenden Abtheilung zu ihrem alleinigen Eigenthum anzunehmen.

Dieselbe Frage kam wenige Monate später in Sachen der Wittwe Kock in Oldenburg von Neuem zur obergerichtlichen Entscheidung und wurde durch Bescheid vom 4. September v. J. in dem gleichem Sinne erledigt, wobei ausgesprochen ward, daß nur dann zu einer gerichtlichen Taxation zu schreiten sei, wenn die Vormünder oder die Obervormundschaft die mütterliche Schätzung den gangbaren Preisen nicht entsprechend halten sollten, insofern und insoweit nicht in dem letzteren Fall die Wittwe den öffentlichen Verkauf vorziehen möchte.

Ueber das Verhältniß der gerichtlichen Behandlung des im Inlande befindlichen Nachlasses eines Abwesenden zu der im Auslande stattfindenden concursmäßigen Behandlung seiner Erbmasse.

In Sachen F. A. H. Berwald, als Administrators des Nachlasses des verstorbenen Eduard Claassen, und des Jürgen Hinrich Claassen in Altona, als Beneficialerben des Ed. Claassen in Altona, Justificaten, jetzt Supplicanten, wider den Obergerichtsadvocaten Stoppel, in substituirter Vollmacht der Curatoren der auf dem Cap der guten Hoffnung befindlichen Ed. Claassen'schen Masse, Justificanten und Supplicaten, in peto. Auslieferung der Altonaer Masse,

ergeben die Acten:

Nach dem Tode des zu Altona mit Hinterlassung eines einzigen, auf dem Cap der guten Hoffnung etablirten Sohnes Eduard Claassen am 24. Januar 1845 verstorbenen Kaufmanns Johann Claassen hatte Jürgen Hinrich Claassen, der Onkel Eduards, in Gemäßheit einer ihm von Letzterem schon früher ertheilten Generalvollmacht die Administration des Joh. Claassen'schen Nachlasses übernommen. Nachdem aber die Nachricht von dem am 19. Mai dess. J. zu Schwellendam gleichfalls erfolgten Tode des Eduard Claassen eingetroffen, hat der Altonaer Magistrat eine gerichtliche Administration der Altonaer Masse angeordnet und auf Antrag des in der Person des jetzigen Mitsupplicanten Berwald gerichtlich bestellten Administrators unterm 4. Januar 1847 behufs Regulirung des Nachlasses ein Proclam erlassen, in welchem Alle, welche als Gläubiger aus irgend einem Grunde Ansprüche an den Nachlaß des Eduard Claassen zu haben vermeinen, so wie Alle, welche nähere Erbansprüche, als der gedachte Jürgen Hinrich Claassen, zu machen im Stande sein möchten, peremtorisch innerhalb 12wöchiger resp. einjähriger Frist zur Angabe aufgefordert sind.

Auf dies Proclam ist zu dem für die außereuropäischen Creditoren und Erben bestimmten Professionsprotocoll folgende Angabe beschafft:

> Obergerichtsadvocat Stoppel m. n. Hedemann in Hamburg m. n. der curatores bonorum des zu Schwellendam verstorbenen Eduard Claassen, nämlich Joseph Barry, Johann Anton Stoll und Eduard Thompson, profitirt deren Gerechtsame auf Auslieferung des Nachlasses nach abgelegter Rechnung und Befriedigung der hieselbst angemeldeten Creditoren.

Nachdem die nicht profitirten Ansprüche von Erben und Gläubiger mittelst Magistratsdecrets vom 14. Februar 1848 präcludirt worden, auch der alleinige Erbe Jürgen Hinrich Claassen die Erbschaft sub beneficio legis angetreten, ist jenes professum zur speciellen Justification verwiesen und ist nach stattgehabter Justificationsverhandlung, wobei der Administrator der Masse und der Beneficialerbe gemeinschaftlich als Gegner der Justificanten aufgetreten sind, unterm 20. Juli 1848 dahin erkannt:

> daß der Justificant zur Zeit nicht für befugt zu erachten, die Auslieferung des Ueberschusses der hiesigen Masse zu verlangen, er vielmehr seine Forderung binnen einer Frist von 6 Monaten durch Beibringung einer rücksichtlich der Speci-

fication der **activa** und **passiva** und deren Justification gehörig beglaubigten Acte abseiten der dortigen Gerichtsbehörde über den **status** der dortigen Concursmasse und des Justificanten Auctorisirung zur Erhebung des Geldes näher, als geschehen, zu justificiren; der Justificat aber über die hiesige Masse innerhalb gleicher Frist gehörig Rechnung abzulegen habe, worauf demnächst ferner ergehen werde, was Rechtens.

Hiergegen haben die Justificaten in Gemäßheit stattgehabter Vereinbarung anstatt der Appellation das Rechtsmittel der Supplication zeitig ergriffen und darüber gravaminirt:

daß Justificant nicht mit seinem Verlangen **ref. exp.** abgewiesen worden.

Es frägt sich demnach, ob diese Beschwerde für begründet zu erachten?

In Erwägung nun, daß der Umstand, daß der verstorbene Eduard Claassen bei seinem Tode sein Domicil in Schwellendam gehabt, und daß, weil über seinen dortigen Nachlaß Concurs ausgebrochen, nach den Grundsätzen der Universalität des Concurses auch die hiesige Specialmasse von der dortigen **in foro domicilii** befindlichen Masse angezogen wurde, auf die Entscheidung des vorliegenden Processes rechtlich ohne Einfluß ist, theils schon deshalb, weil ein Recurriren auf die am Cap geltenden Rechte nicht statthaft erscheint, da dieselben hier nicht bekannt sind, Justificant sich auch auf das Bestehen der dort geltenden Grundsätze überhaupt nicht berufen hat; — theils, weil das **judicium a quo**, indem es sich der Administration und Regulirung der Altonaer Masse angenommen, keineswegs in Vertretung des Caper Concursgerichts, gewissermaßen als dessen Substitut, seine Thätigkeit geäußert, sondern lediglich, weil dasselbe hiezu in Gemäßheit der Vorschriften der Verordnung vom 9. November 1798, betreffend die Rechte der Abwesenden rc., § 1, 2, 4 und 5, berechtigt und verpflichtet gewesen;

in Erwägung nämlich, daß der Altonaer Magistrat keine Veranlassung hatte, sich der Administration der dortigen Güter zu unterziehen, so lange der bekannte abwesende Eigenthümer derselben, Eduard Claassen, durch Bevollmächtigung anderweitige Sorge für dieselbe getroffen hatte; daß aber, nach erlangter Kunde von dem Tode des Abwesenden, als mithin „die von Letzterem getroffenen Anstalten aufhörten," nach der ausdrücklichen Bestimmung der citirten Verordnung, § 1, die amtliche Verpflichtung des Magistrats eingetreten ist, im Interesse der Beikommenden, hier namentlich im Interesse des hier bekannten Beneficialerben, die Sorge für die Güterverwaltung zu übernehmen;

in Erwägung, daß solchergestalt die in Altona befindliche Claassen'sche Masse nicht als ein, den außereuropäischen Gläubigern zu ihrer eventuellen Befriedigung schon an und für sich gebührendes, **annexum** der Caper Concursmasse, sondern als eine selbstständige, der Regulirung des Altonaer Magistrats unterworfene Masse anzusehen ist, und daß, da somit die selbstständige Competenz des Altonaer Magistrats zur Abgebung des unterm 4. Januar 1847 erlassenen Proclams als völlig begründet erscheint, die Frage, ob und wie weit die Altonaer Masse zur Befriedigung der außereuropäischen Gläubiger verwandt werden darf, lediglich nach dem Umfange der zu dem Altonaer Proclam beschafften Angaben und dem hiernächst erfolgten Präclusivbescheide zu beurtheilen ist;

in Erwägung, daß das abseiten der Curatoren der Capmasse beschaffte **professum** überhaupt nicht als eine Angabe zu betrachten ist, durch welche die Gerechtsame der dortigen Concursgläubiger an der hiesigen Masse salvirt, oder ihre Ansprüche als hier angemeldet erschienen, indem die dem Güterpfleger allerdings zustehende Vertretung des Gläubigercorps sich nur auf die Aufrechthaltung der von dem einzelnen Gläubiger selbst bereits gehörig wahrgenommenen Rechte, keineswegs aber auf die Befugniß erstreckt, als dürfte er in der gerichtlichen Geltendmachung und Wahrnehmung des hiezu formell Erforderlichen das von den Creditorn selbst etwa Versäumte in ihrem Namen von Amtswegen nachholen oder ergänzen; indem überdies auch das **professum** der Curatoren der Capmasse überhaupt nicht in der Bedeutung beschafft ist, als sollten damit die Ansprüche der dortigen Concurscreditoren als angemeldet erscheinen;

in Erwägung, daß, da solchemnach die Caper Concurscreditoren, welche die ihnen zur Anmeldung ihrer Ansprüche gelassene einjährige Frist nicht benutzt haben, durch das Präclusivdecret vom 14. Februar 1848 von der Altonaer Masse ausgeschlossen sind, die justificantischen Massecuratoren aber zu ihrem Anverlangen auf Auslieferung der hiesigen Masse in keiner Beziehung legitimirt erscheinen,

wird auf die unterm 21. August 1848 hieselbst eingegangene vorrubricirte Supplicationsschrift, nach der unterm 24. Juli 1849 mit Bericht des Altonaer Magistrats eingegangenen Erklärung des Justificanten, daß er sich auf die Voracten berufe, hiedurch von Obergerichtswegen zum Bescheide ertheilt:

daß das Erkenntniß des Altonaer Magistrats vom 20. Juli 1848 dahin abzuändern:

daß das fragliche **professum** für nicht justificirt zu erachten, Justificant daher mit seinem gestellten Antrage abzuweisen. Unter Compensation sämmtlicher Proceßkosten.

Urkundlich rc. Gegeben im Königlichen Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 11. Febr. 1850.

Die Justificanten wandten sich gegen diesen Bescheid an das Königliche Oberappellationsgericht, von welchem nachstehendes Erkenntniß abgegeben worden ist:

In Sachen des J. W. Hedemann in Hamburg, Bevollmächtigten von Joseph Barry zu Schwellendam in der Colonie zum Cap der guten Hoffnung, Johann Anton Stoll und Eduard Thompson in der Capstadt, als Curatoren der auf dem Cap der guten Hoffnung befindlichen Nachlaßmasse des daselbst verstorbenen Eduard Claassen, Justificanten, Supplicaten, jetzt Appellanten, wider F. A. H. Berwald in Altona, als gerichtlich bestellten Administrator des in Altona befindlichen Nachlaßvermögens des verstorbenen Eduard Claassen, und Jürgen Hinrich Claassen daselbst, als Beneficialerben desselben, Justificaten, Supplicanten, jetzt Appellaten, betreffend die Auslieferung des in Altona befindlichen Nachlaßvermögens des genannten Verstorbenen, jetzt Appellation gegen das Erkenntniß des Holsteinischen Obergerichts vom 11. Februar d. J.,

wird, nach verhandelter Sache, unter abschriftlicher Mittheilung der eingezogenen Gegenerklärung der Appellaten,

in Erwägung, daß den beigebrachten Bescheinigungen zufolge der auf dem Cap der guten Hoffnung befindliche Nachlaß des dort wohnhaft gewesenen, verstorbenen Eduard Claassen daselbst concursmäßig behandelt wird und die Vollmachtgeber des Justificanten und Appellanten gerichtlich bestätigte Curatoren jenes Nachlasses sind;

in Erwägung, daß jedoch der in Altona befindliche Theil des von dem verstorbenen Eduard Claassen nachgelassenen Vermögens von dem Altonaer Magistrat der gerichtlichen Behandlung unterzogen worden ist und daß dieses Verfahren sich schon nach den vom Arrestproceß geltenden Grundsätzen vollkommen rechtfertigt durch das Recht der etwaigen hiesigen Gläubiger, so wie des hiesigen Beneficialerben, auf Sicherung ihrer Ansprüche, deren Verwirklichung gefährdet sein würde, wenn sie genöthigt würden, dieselben im Auslande und zwar in einer außereuropäischen Colonie zu verfolgen, wie denn auch die Competenz des Magistrats zur gerichtlichen Behandlung der in Altona befindlichen Vermögensmasse behufs Befriedigung der auf das Altonaer Proclam angemeldeten Gläubiger von dem Appellanten anerkannt worden ist;

in Erwägung, daß die von den Mandanten des Appellanten vertretenen Gläubiger des verstorbenen Eduard Claassen als solche berechtigt sind, aus dem *gesammten* Nachlaß desselben ihre Befriedigung zu suchen, daß nun zwar der Appellant auf das von dem Altonaer Magistrat über die daselbst befindliche Vermögensmasse erlassene Proclam nicht die Forderungen der erwähnten Gläubiger an den verstorbenen Eduard Claassen behufs Liquidirung derselben in dem von dem Magistrat eröffneten concursmäßigen Verfahren angemeldet, sondern lediglich „deren Gerechtsame auf Auslieferung des Nachlasses nach abgelegter Rechnung und Befriedigung der hieselbst gemeldeten Creditoren" profitirt hat, daß aber die unterlassene Anmeldung der Forderungen derselben auf das Altonaer Proclam nicht den gänzlichen Verlust ihrer Ansprüche an die in Altona befindliche Vermögensmasse, sondern in Uebereinstimmung mit dem Antrage des Appellanten nur die Beschränkung ihrer Ansprüche auf den nach Befriedigung der auf das Altonaer Proclam gemeldeten und justificirten Forderungen sich ergebenden Ueberschuß des Altonaer Vermögens zur Folge haben kann, weil die gerichtliche Behandlung desselben Seitens des Altonaer Magistrats sich eben nur als Maßregel zur Sicherung der Ansprüche der hiesigen Gläubiger und des hiesigen Beneficialerben, ausländischen Gläubigern und Erben gegenüber, rechtfertigt und das von dem Magistrat erlassene Proclam daher auch nur in diesem Sinne aufgefaßt werden kann;

in Erwägung endlich, daß auch die Ansprüche des Mitappellaten Jürgen Hinrich Claassen als Beneficialerben durch die demnächstige Auslieferung des nach Befriedigung der auf das Altonaer Proclam gemeldeten und justificirten Forderungen sich etwa ergebenden Ueberschusses der hiesigen Masse an den Appellanten nicht beeinträchtigt werden können, wenn dieser zuvor der ihm durch das Magistratserkenntniß vom 24. Juli 1848 gemachten Auflage Genüge geleistet haben wird, indem es sich von selbst versteht, daß es dem Ermessen des Magistrats überlassen bleiben muß, den Umständen nach die Forderungen aller derjenigen Gläubiger, welche aus der von ihm gerichtlich behandelten Masse ihre Befriedigung verlangen, seiner Cognition zu unterziehen,

hiemit für Recht erkannt:

daß das angefochtene obergerichtliche Erkenntniß aufzuheben und der Bescheid des Altonaer Magistrats vom 24. Juli 1848 wiederum in Kraft zu setzen, unter Vergleichung der Kosten dieser und der vorigen Instanz und unter Zurückverweisung der Sache zum weiteren Verfahren an den Altonaer Magistrat.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Schleswig-Holstein-Lauenburgischen Oberappellationsgerichte zu Kiel, den 4. September 1850.

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen **Henrici** *und* **Lucht.**
Gedruckt bei **Augustin** *in Glückstadt.*

3. Stück. Den 21. Januar 1856.

Entscheidungen.

Rechtsfall, die Interpretation eines Testaments betreffend.

In Sachen der Anna Krämer, geb. Schuldt, zu Roßsteert, c. cur. m., et cons., Beklagten, Provocanten und Provocaten, wider die Ehefrau Anna Both, geb. Wulff, c. cur. m., Klägerin, Provocatin und Provocantin, hauptsächlich wegen schuldiger Kauf- und Ueberlassungsgelder für die s. g. Blohmenkoppel,

ergeben die Acten:

Unterm 18. October 1811 errichteten die Eheleute Both in Haselдorf eine letztwillige Verfügung, in welcher sie unter Instituirung ihrer 3 Töchter, Adelheid, Margaretha und Anna, und der Descendenz ihrer **bona mente** enterbten beiden übrigen Kinder, Johann und Catharina, bestimmten, daß ihr Sohn Johann, so lange er lebe, und nach dessen Tode seine Ehefrau die Zinsen von dem Erbtheil seines Kindes oder seiner Kinder gegen Ernährung und Erziehung derselben bis zur Confirmation des jüngsten Kindes genießen sollten, und in Ansehung der Blohmenkoppel Folgendes verfügten:

„Sollte die Blohmenkoppel nicht bei unser beider, oder des Längstlebenden Lebzeit veräußert sein, als wozu derselbe ohne Widerrede berechtigt sein soll, so ist es unser Wille, daß davon die Stücke № 12, 13, 14, 15 und 16, welche ungefähr 5 Morgen enthalten, dem Hofe unseres Sohnes Johann Both für 8775 ℔ zufallen sollen, so daß diese 8775 ℔ zur gemeinschaftlichen Erbtheilung kommen. Sollte er wider Verhoffen darauf bestehen, daß dieses Haus (das Abschiedshaus) sogleich von der Stelle geschafft werde, so soll er statt 8775 ℔ die Summe von 9000 ℔ für das Land geben.

2) Die übrigen Stücke sollen an Adelheid Schuldt oder deren Kinder für 7025 ℔ fallen.

3) Keiner dieser Parcelenbesitzer soll befugt oder berechtigt sein, seine Parcele ganz oder zum Theil zu veräußern, auch nicht mit hypothekarischen Schulden, die erste über 6000 ℔, die zweite über 4000 ℔, zu beschweren, welches wir **sub pœna nullitatis** verbieten.

4) Sollten Johann Both oder Adelheid Schuldt Kinder und Nachkommen aussterben, so soll die Parcele des zuerst ausgestorbenen Stammes dem Besitzer der andern Parcele für die jetzt bestimmte Summe dergestalt zufallen, daß er diese Summe dafür unter Kürzung seines etwa eigenen Erbtheils an unsere sämmtlichen Kinder, Kindeskinder oder weitere Nachkommen auszahlen soll."

Nachdem der Sohn Johann unter Hinterlassung einer Wittwe Anna, geb. Wulf, und zweier Söhne, Hinrich und Peter, mit Tode abgegangen war, ist von den Testatoren in einer unterm 26. Juli 1819 zu ihrem erwähnten Testamente errichteten Beilage in Betreff der Blohmenkoppel verfügt worden, daß die Tochter Adelheid Schuldt den ihr im Testamente vermachten Antheil an der Blohmenkoppel zu 2000 ℔ pr. Morgen haben, der Rest aber an des verstorbenen Sohnes Kinder, Hinrich und Peter, zusammen, oder an einen von ihnen nach dem Tode des andern gleichfalls für 2000 ℔ pr. Morgen fallen soll. „Sollten aber," heißt es dann im § 1 weiter, „diese unsere Kindeskinder beide versterben, ohne eheliche Leibeserben zu hinterlassen, so soll dieser ihnen bestimmte Theil der Blohmenkoppel für den Preis, wofür sie solchen erhalten haben, wieder zurückfallen an des Mannes Peter Both nächste Blutsverwandte und bleibt es übrigens bei der im Testamente in Hinsicht der Blohmenkoppel angeordneten fideicommissarischen Qualität, so daß der Besitzer selbige nicht an Fremde veräußern darf, sondern wenn er es selbst nicht behalten kann oder will, es an Peter Both nächste Verwandte für den Preis überlassen muß, wofür er es erhalten.

Imgleichen ward im § 3 angeordnet, daß die nach dem Tode der Testatoren an ihre Kindeskinder Hinrich und Peter Both für ihren Antheil an der Blohmenkoppel fallenden Zinsen oder Revenüen diesen Kindern gleich zukommen und nicht an deren Mutter fallen sollten, und ward schließlich im § 6 bestimmt: „Sollten endlich unsere Kindeskinder Hinrich und Peter beide versterben, ohne eheliche Kinder zu hinterlassen, so soll das von uns auf sie gekommene Capital und Land, wenn daraus zuvor ihrer Mutter Anna Both, geb. Wulff, falls sie selbige überleben sollte, der Pflichttheil ausgekehrt sein wird, an Peter Both Familie und nächste Verwandte zurückfallen."

Nach dem Tode der Testatoren stellte sich bei der demnächst erfolgten Erbtheilung das Verhältniß so heraus, daß der auf die beiden Enkel Hinrich und Peter fallende Capitalbetrag die Summe von 5217 ℔ 10 ß 4⅞ ₰ ausmachte, während ihnen ihr Antheil an der Blohmenkoppel für die Summe von 9998 ℔ 9 ß 9⅞ ₰ überlassen und die zwischen diesen beiden Summen sich herausstellende Differenz als Schuld derselben an die Masse behandelt ward. Von den Enkeln sind darauf im Jahre 1848 Peter und später den 18. Januar 1852 Hinrich, beide ohne eheliche Leibeserben hinterlassen zu haben, mit Tode abgegangen. Die Mutter derselben ist demnächst wider die Beklagte mit dem Bemerken, daß selbige sich nach dem Tode Hinrich's wenigstens in den Mitbesitz der Blohmenkoppel gesetzt hätten, der letztwilligen Disposition der Eheleute Both gemäß aber ihr eine Forderung auf Auszahlung derjenigen Summe zustehe, wozu der an ihre Söhne gelangte Antheil der Blohmenkoppel von denselben bei der Erbtheilung übernommen und eingelöst worden sei, bei dem Haseldorfer Justitiariate klagend aufgetreten. Ihre Klage hat sie unter Bezugnahme auf das von den Eheleuten Both errichtete Testament nebst Beilage und Erbtheilung durch folgende Ausführung dem Wesentlichen nach näher zu motiviren gesucht: Die in Frage stehende Parcele sei für 9998 ℔ 9 ß 9⅞ ₰ vorm. Cour. den Kindern der Klägerin laut Theilungsacte überlassen worden. Ihr Sohn Peter, welcher zuerst kinderlos verstorben sei, habe seinen Antheil gegen Vergütung der entsprechenden Ueberlassungssumme seinem Bruder Hinrich hinterlassen und sei Klägerin nach dessen unterm 18. Januar 1852 erfolgten Ableben seine alleinige Erbin ab intestato geworden. Den Beklagten, welche seit dem Tode von Hinrich die fragliche Parcele in Besitz genommen und alle Nutzungen aus derselben bezogen hätten, liege die Verbindlichkeit und zwar je zum zwölften Theile ob, der letztwilligen Verfügung der Eheleute Both gemäß die erwähnten Kauf- und Ueberlassungsgelder an die Klägerin zu zahlen. Andererseits wären die Beklagten aus jenem Codicill auch wiederum berechtigt und zwar auf denjenigen Betrag, welcher nach Abzug des der Klägerin bestimmten Theils von der an die mehrgedachten Hinrich und Peter von den Großältern gekommenen und nunmehr zunächst der Klägerin, als der alleinigen Erbin der Letztgedachten, anheimgefallenen Erbportion verbleibe. Die Klägerin sei gern bereit, sich diesen Betrag in der von ihr geforderten Annehmungssumme kürzen zu lassen. Sie wolle in dieser Beziehung, obgleich sie zunächst erwarten könne, worauf man jenseits seinen Anspruch stelle, hier nur bemerken, daß der alsdann in Betracht kommende Pflichttheil die den Kindern wider die Großältern, nicht aber die ihr selbst wider die Kinder zustehende legitima sei, daß jene, da die Großältern mit Hinterlassung von 5 Stämmen verstorben wären, die Hälfte der Intestaterbportion ihrer Kinder betrage und daß diese Hälfte nicht etwa nach derjenigen Summe, welche nach Abzug der Legate und sonstigen Beschwerungen unter die sämmtlichen Erben als solche vertheilt worden sei, sondern nach demjenigen Betrage berechnet werden müsse, welcher als der reine Nachlaß der Erblasser zur Zeit ihres Todes sich ergeben habe. Mit dem schließlichen Anführen, daß der gesammte Nachlaß der Eheleute Both ursprünglich mit Inbegriff der Legate 29,341 ℔ 11 ß 6⅞ ₰, indeß unter Berücksichtigung später hinzugekommener Activ- und Passivposte, nur die ungefähre runde Summe von 28,000 ℔ betragen habe, der der Klägerin hiervon zukommende Pflichttheil endlich die Hälfte des 5ten Theils des Nachlasses, mithin 2800 ℔, ausmache und Beklagte befugt sein würden, den Betrag von 2417 ℔ 10 ß 4⅞ ₰, welcher nach Abzug des Pflichttheils von dem auf die Kinder der Klägerin gefallenen Erbtheil von 5217 ℔ 10 ß verbleibe, zu kürzen, richtete Klägerin ihren Antrag auf ein Erkenntniß dahin:

> daß die Beklagten schuldig, die libellirten 9998 ℔ 9 ß 9½ ₰ event. unter Kürzung der denselben dem Obigen nach aus dem § 6 der von den Eheleuten Peter Both und Marie, geb. Krämer, weil. in Haseldorf, unterm 26. Juli 1819 errichteten Beilage competirenden Summe nebst Zinsen nach 5 pCt. vom 18. Januar 1852 an und zwar je zum 12ten Theil innerhalb 4 Wochen an die Klägerin auszukehren, derselben auch binnen gleicher Frist die Kosten dieses Processes zu erstatten.

Beklagte suchten excipiendo die angestellte Klage als unbegründet darzustellen und aus dem Inhalte der erwähnten letztwilligen Dispositionen zu deduciren, daß der Klägerin nach der Absicht der Testatoren von deren Vermögen nichts zufallen solle, vielmehr derselben nur der aus dem Nachlaß ihrer Söhne ihr competirende gesetzliche Pflichttheil reservirt worden sei.

Es liege, bemerkten Beklagte, die Arrondirung eines Familienfideicommisses vor, welche in dem Sinne, wie die Testatoren es beabsichtigt hätten, zur Ausführung kommen müsse. Aus den in der Disposition gebrauchten Worten, wornach das von den Testatoren herstammende Vermögen an Land und Capital an die nächsten Blutsverwandte der Testatoren, also an die Beklagten, nach dem kinderlosen Absterben der Enkel Peter und Hinrich Both zurückfallen solle, und aus dem Inhalte der übrigen Bestimmungen der letztwilligen Verfügungen gehe hervor, daß der Klägerin der erhobene Anspruch nicht zustehe, ihr vielmehr, wie der Inhalt des § 6 der Testamentsbeilage ausdrücklich besage, nur mit Rücksicht auf ihren Sohn ein Pflichttheil bleiben solle. Bei Berechnung dieses Pflichttheils wären aber, da hierbei die Regel „**personæ numerum faciunt ad augendam, partem ad minuendam legitimam**“ Anwendung finde, 13 Personen zu berücksichtigen. Auch komme bei Ausmittelung des Pflichttheils in Betracht, daß dieser der Klägerin nicht aus dem Nachlaß der Testatoren, sondern nur aus dem ihres Sohnes gebühre, so wie daß mit Bewilligung der Beklagten an die Klägerin Grasgelder im Betrage von 586 ℳ 9 ß nebst den Auctionsgeldern nach dem Tode ihres Sohnes ausgezahlt wären, und wäre es Sache der Klägerin gewesen, den Betrag des Nachlasses ihres Sohnes anzugeben. Von Beklagten ward mit Rücksicht hierauf gebeten, daß Klägerin mit ihrer Klage, unter Verurtheilung zur Kostenerstattung, abgewiesen werde.

Replicando bemerkte Klägerin, daß es an jeder Erklärung darüber fehle, ob die Beklagten die Klägerin als die einzige Erbin des Hinrich Both anerkennten, ob sie ferner sich selber als zum 12ten Theil verpflichtet erachteten, endlich ob sie diejenige Summe als maaßgebend sich gefallen lassen wollten, zu welcher das nunmehr anheimgefallene Land s. Z. den mehrerwähnten Hinrich und Peter überlassen worden und bat, daß die Beklagten **in eventum** schuldig erkannt würden, sich auf die Klage gehörig einzulassen.

Nach stattgehabter mündlicher Verhandlung ward unterm 12. Januar d. J. erkannt:

> **daß auf den Antrag der Klägerin auf Auszahlung von 9998 ℳ 9 ß 9¼ ₰ unter eventuellen Kürzungen nicht einzutreten, dieselbe vielmehr gehalten sei, innerhalb 6 Wochen zur Feststellung des ihr zukommenden Pflichttheils — auf ⅓ als ihrem Intestaterbrecht gegen die Kinder entsprechend — nähere Angabe und Schätzung des Betrages des von den Großältern auf die Kinder der Klägerin gekommenen Capitals und Landes, woraus der Pflichttheil ihr auszukehren sei, zu beschaffen, und werde, nach darüber geschehener Vernehmung der Beklagten, demnächst in dieser Sache weiter ergehen, was den Rechten gemäß, unter Aussetzung des Erkenntnisses über die Kosten.*)**

---

*) In den Entscheidungsgründen heißt es:

In Erwägung, daß die von Beklagten geschehene Einlassung genügend erscheint, sind bei vorstehendem Rechtsstreit die Bestimmungen des Testaments und der Beilage der Eheleute Peter Both und Anna Both, geb. Krämer, resp. vom 18. October 1811 und 26. Juni 1819, zum Grunde zu legen und kommen dabei nach dem unlängst erfolgten Ableben der Testatoren, nach geschehener Theilung des Nachlasses derselben und nach dem kinderlosen Absterben der beiden Söhne des Johann Both und Anna Both der Klägerin — Enkel der Testatoren — Hinrich und Peter Both, welchen namentlich die Stücke № 12 bis 16 der Blohmenkoppel erblich zugefallen sind — insbesondere in Betracht:

§ 1 der Beilage.

1) Sollten aber diese unsere Kindeskinder beide versterben, ohne eheliche Leibeserben zu hinterlassen, so soll dieser ihnen bestimmte Theil der Blohmenkoppel für den Preis, wofür sie selbige erhalten haben, wieder zurückfallen an des Mannes Peter Both nächste Blutsverwandte und bleibt es übrigens bei der im Testament in Hinsicht der Blohmenkoppel angeordneten fideicommissarischen Qualität, so daß der Besitzer selbige nicht an Fremde veräußern darf, sondern, wenn er selbst sie nicht behalten kann oder will, es an Peter Both nächste Verwandte für den Preis überlassen muß, wofür er es erhalten.“

§ 6.

„Sollten endlich unsere Kindeskinder Hinrich und Peter Both beide versterben, ohne eheliche Kinder zu hinterlassen, so soll das von uns auf sie gekommene Capital und Land, wenn daraus zuvor ihrer Mutter Anna Both, geb. Wulff, falls sie selbige überleben sollte, der Pflichttheil ausgekehrt sein wird, an Peter Both Familie- und nächste Verwandte zurückfallen.“

und steht es zur Frage, was bei diesen Bestimmungen die wahrscheinliche Absicht der Testatoren gewesen ist, die bei der Auslegung derselben vorzugsweise zu beachten sein wird.

In Erwägung nun, daß nach der ganzen Fassung des Testaments und der Beilage es nicht zweifelhaft sein dürfte, daß Testatoren die Absicht gehabt haben, durch ihre Anordnung ein Familien-Fideicommiß zu begründen und gewünscht, daß der hier zur Frage stehende Theil der Blohmenkoppel stets in der Both'schen Familie bleiben solle, indem ausdrücklich gesagt ist, daß dieser Theil der Blohmenkoppel an des Mannes Peter Both nächste Blutsverwandte zurückfallen solle und die Qualität dieses Landes im § 1 der Beilage als eine fideicommissarische mit Veräußerungsverbot an Fremde bezeichnet ist — daß daher der

Wider dieses Erkenntniß ist von beiden Theilen das Rechtsmittel der Provocation eingelegt und sind von selbigen folgende Beschwerden erhoben worden:

A. von der Klägerin:

1) daß die Beklagten nicht schuldig erkannt, sich besser einzulassen, als geschehen, event.
2) daß nicht die Beklagten schuldig erkannt, diejenigen 9998 ℔ 9 ß 9½ ₰ nebst Zinsen nach 5 pCt. vom 18. Januar 1852 je zum 12ten Theil **ref. exp.** an die Klägerin zu zahlen, für welche die nunmehr an die Beklagten gelangte Parcele der Blohmenkoppel bei der Erbtheilung nach den Eheleuten Peter und Anna Both von den Enkeln derselben Hinrich und Peter Both, den klägerischen Erblassern, übernommen worden sei, event.
3) unter Vorbehalt des Rechts, den von den bei der obengenannten Erbtheilung den oberwähnten Enkeln Hinrich und Peter im Gesammtbelauf von 5217 ℔ 10 ß 4⅞ ₰ zugefallenen Geldern nach Abzug der eben diesen Enkeln mit Beziehung auf den großälterlichen Nachlaß zustehende **legitima** verbleibenden Betrag in Abrechnung zu bringen; event.
4) unter Vorbehalt des Rechts, den von den bei der obengedachten Erbtheilung den obenerwähnten Enkeln Hinrich und Peter im Gesammtbelauf von 5217 ℔ 10 ß 4⅞ ₰ zugefallenen Geldern nach Abzug des der Klägerin hievon zustehenden Drittheils verbleibenden Betrag in Abrechnung zu bringen;
5) event. daß nicht mindestens **comp. exp.** nach Maaßgabe der **gravamen** 2 — 4 erkannt sei; event.
6) daß nicht, sei es mit Rücksicht auf das Fundament der Klage, die Pflicht der Beklagten für den an sie declarirten und von ihnen in Besitz genommenen Antheil der Blohmenkoppel die klägerischerseits geforderten Ueberlassungsgelder zu zahlen, sei es mit Rücksicht auf die Größe des event. zu kürzenden Betrages, sei es in der einen und in der andern Beziehung, die nöthigen Beweise auferlegt seien.

B. von den Beklagten:

1) daß nicht die Klägerin mit der angestellten Klage abgewiesen und schuldig erkannt worden, die Kosten des Processes, deren Ermäßigung vorbehältlich, den Beklagten zu erstatten;
2) daß bei Bestimmung des Pflichttheils der Nachlaß des Sohnes der Klägerin ihr als ein ausschließliches Vermögen ohne Anrechnung in den Pflichttheil zugesprochen worden;
3) daß nicht um die Größe des Pflichttheils von Capital und Land zu berechnen die Beklagten mitgezählt worden.

Mit Beziehung auf diese Beschwerden steht demnach zunächst zur Frage: ob der erhobene Anspruch als gehörig fundirt anzusehen ist?

In Erwägung nun, daß die Klägerin ihren Anspruch auf Auskehrung der von ihr eingeklagten 9998 ℔ 9 ß 9½ ₰ darauf stützt, daß nach der Bestimmung des § 1 der von den Eheleuten Both errichteten Testamentsbeilage der den Kindern der Klägerin bestimmte Theil der Blohmenkoppel, falls dieselben ohne eheliche Leibeserben versterben würden, für

---

Anspruch der Beklagten auf diesen Antheil der Blohmenkoppel als wohlbegründet erscheint und es selbst ihnen nicht gestattet sein würde, einen Theil davon der Klägerin — als nicht zu P. Both's Blutsverwandten gehörig — abzutreten;

in fernerer Erwägung, daß dagegen nach der Bestimmung des § 6 der Beilage die Beklagten gehalten sind, der Klägerin aus dem auf die verstorbenen Hinr. und Peter Both von Testatoren gekommenen Capital und Land den Pflichttheil auszukehren, und daß dieser Pflichttheil — welcher im Verhältniß der Klägerin zu ihren Söhnen — nicht im Verhältniß der Kinder der Klägerin zu ihren Großältern, zu welcher Annahme sich in den letztwilligen Verfügungen der Testatoren kein triftiger Grund auffinden läßt — auf ⅓ festzusetzen sein wird;

in weiterer Erwägung, daß Klägerin als Intestaterbin ihres zuletzt verstorbenen Sohnes auf dessen übrigen Nachlaß ein ausschließliches Erbrecht in Anspruch zu nehmen befugt ist und auf Grund dessen auch bereits für verkauftes Heugras die Kaufgelder und sonstige Auctionsgelder ausbezahlt erhalten hat;

in Erwägung daher, daß der von der Klägerin in ihrer Klage erhobene Anspruch auf Auskehrung von 9998 ℔ 9 ß 9½ ₰ unter eventuellen Abzügen nicht hinlänglich motivirt erscheint, da diese Forderung darauf begründet ist, daß die Beklagten schuldig seien, der Klägerin als Universalerbin ihres Sohnes die Summe auszuzahlen, wofür der Theil qu. der Blohmenkoppel seiner Zeit von den Kindern übernommen worden, so wie auf die Berechnung eines Pflichttheils nach Verhältniß der Kinder zu deren Großältern — es jedoch aus den letztwilligen Bestimmungen der Testatoren nicht zu ersehen ist, daß es in ihrer Absicht gelegen, in dieser Weise zu Gunsten der Klägerin zu disponiren, es vielmehr ausdrücklich gesagt ist, daß das fragliche Land an die Peter Both'schen Blutsverwandten (also nicht an die Klägerin zuvörderst) zurückfallen solle und über den Pflichttheil bestimmt ist, daß sie, falls sie die Kinder überleben sollte, aus Capital und Land, das von den Großältern auf sie gekommen, diesen Pflichttheil erhalten solle, wodurch ohne Zweifel doch nur das Verhältniß der Mutter zu den Kindern hat bezeichnet werden sollen.

den Preis, wofür sie selbigen erhalten haben, des Testators nächsten Blutsverwandten wieder zufallen solle, und daher ihr als alleinigen Intestaterbin ihrer Kinder beiden Söhne diejenige Summe zukomme, für welche der fragliche Antheil der Blohmenkoppel von ihren Söhnen übernommen und eingelöst worden sei;

in Erwägung, daß ihr Anspruch auf Auskehrung dieser Summe allerdings begründet sein würde, wenn aus dem Inhalte der letztwilligen Verfügungen der Eheleute Voth sich entnehmen ließe, daß selbige nach der Absicht der Testatoren den nächsten Intestaterben ihrer Kindeskinder Hinrich und Peter zu Gute kommen sollte;

in Erwägung indeß, daß einer derartigen Auffassung der fraglichen von der Klägerin zur Begründung ihres Anspruchs hervorgehobenen Bestimmung des § 1 der Testamentsbeilage der Umstand entschieden entgegensteht, daß nicht nur die Klägerin in den letztwilligen Verfügungen der Eheleute Voth von der Verlassenschaft derselben und sogar von dem Zinsgenuß des ihren Kindern zugedachten großälterlichen Erbtheils während deren Minderjährigkeit ausgeschlossen, sondern auch im § 6 der Beilage ausdrücklich und unzweideutig verfügt worden ist, daß das ihren Kindern von den Großältern zugefallene Capital und Land, wenn daraus zuvor ihrer Mutter der Pflichttheil ausgekehrt sein werde, an Peter Voth Familie und nächste Verwandte zurückfallen solle, diese Verfügung aber mit der von der Klägerin geltend gemachten Auffassung des § 1 der Theilungsacte geradezu in Widerspruch stehen würde und die in diesem § getroffene Bestimmung daher im Zusammenhange mit dem übrigen Inhalt der letztwilligen Verfügungen keine andere Deutung zuläßt, als daß die Erwähnung des Preises, für welchen der in Rede stehende Antheil der Blohmenkoppel auf die nächsten Blutsverwandte des Testators zurückfallen solle, lediglich in der Absicht geschehen ist, um in Ansehung der Annahmesumme des Landes, insofern dasselbe in Gemäßheit des § 4 des Testaments einem einzelnen der Miterben überlassen werden würde, unter diesen Differenzen vorzubeugen;

in Erwägung, daß solchemnach, da dem Inhalte der letztwilligen Verfügungen zufolge, auf welche Klägerin sich zur Begründung ihrer Klage berufen hat, derselben lediglich ein Anspruch auf einen im § 6 der Testamentsbeilage näher bestimmten Pflichttheil zusteht, die von ihr geltend gemachte Forderung auf Auskehrung der Summe, für welche ihre Söhne den ihnen von ihren Großältern überkommenen Antheil an der Blohmenkoppel übernommen haben, als nicht gehörig fundirt erscheint und deshalb die erste Beschwerde der Beklagten, in so weit darin auch der Antrag auf eine Abweisung der Klage, maaßen dieselbe angebracht worden, enthalten ist, sich zur Berücksichtigung eignet, wird, auf eingelegte Unterinstanzacten und Recesse, sowie nach mündlicher Verhandlung der Parteien, in Erwägung vorstehender Gründe, von Obergerichtswegen hiemittelst für Recht erkannt:

daß das angefochtene Erkenntniß des Haseldorfer Justitiariats vom 12. Januar d. J. dahin abzuändern:

daß Klägerin und Provocantin mit ihrer Klage angebrachtermaaßen abzuweisen, auch schuldig, den Beklagten die Kosten der Unterinstanz, deren Verzeichnung und Ermäßigung vorbehältlich, zu erstatten.

Wie solchergestalt hiedurch erkannt wird

V. R. W.

Urkundlich rc. Publicatum im Königl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 30. Juni 1854.

(Der Beschluß folgt.)

Criminalfall.

Verwandtenmord.

Am 5. October 1851 ward in dem Eider-Canal unweit des Hofes Steinwehr die Leiche eines in Windeln gewickelten Kindes aufgefunden. Verschiedene Umstände führten auf die Vermuthung, daß eine gewisse Dorothea Catharina Kruse die Mutter und die Mörderin des Kindes sei, und nachdem dieselbe gefänglich eingezogen und an das Rendsburger Amthaus abgeliefert worden, fand dieser Verdacht schon gleich im ersten Verhör in einem unumwundenen Geständnisse seine Bestätigung.

Dorothea Catharina Kruse, geboren zu Schnellmark am 3. Mai 1825, eine uneheliche Tochter der jetzt im Borghorster Armenhause sich aufhaltenden Wittwe Jarr, geb. Ivers, war schon 8 bis 10 Jahre alt, als ihre Mutter sich mit dem Kuhhirten Jarr zu Borghorst verheirathete und sie, die bisher im großälterlichen Hause gewesen, zu sich nahm. In der Schule lernte sie, bei geringen geistigen Fähigkeiten, wenig; ihre Aufführung war aber während der Schulzeit und namentlich im letzten Jahre, wo sie viel Fleiß und Aufmerksamkeit zeigte, sehr gut und eben so zeichnete sie sich auch nach der Confirmation durch in jeder Hinsicht lobenswerthes Betragen vortheilhaft aus, und nur aus den letzten Jahren, in denen sie, die von früheren Dienstherren als sittsam gerühmt wird, sich zwei Mal hat schwängern lassen, lauten die Zeugnisse ihrer Dienstherren zum Theil weniger gut, was sie selbst dem

Umstande zuschreibt, daß ihre wiederholten Schwangerschaften ihr die Verrichtung der ihr obliegenden Arbeiten sehr erschwert hätten.

Als sie am 4. Mai 1848 im älterlichen Hause ihr erstes Kind gebar, war inzwischen ihr Schwängerer, ein Dienstknecht Namens Friedrichsen, im Kriege gefallen, und es fiel daher ihr allein die Last der Versorgung desselben zu. Sie übergab es ihrer Mutter, bei der es noch jetzt ist, zur Pflege und Erziehung und sorgte selbst nach besten Kräften dafür, indem sie ihrer Mutter von ihrem Lohne als Kostgeld jährlich 16 ℳ zahlte. Als sie aber im Jahre 1851 in Folge eines mit einem auf Harzhof einquartirten Soldaten, Namens Elvers aus Wandsbeck, gepflogenen Verkehrs abermals sich schwanger fühlte und um Mitte Juni das Dienen aufgeben mußte, konnte sie nicht nur nichts für ihr erstes Kind thun, sondern nun kam zu der Sorge für dieses auch noch die für das zweite, womit sie schwanger ging. Ihren Schwängerer kannte sie nur dem Namen nach und von ihm eine Unterstützung zu erhalten, darauf konnte sie nicht rechnen. Eine Tante, bei der sie sich in der letzten Zeit ihrer Schwangerschaft aufhielt, hatte selbst vier uneheliche Kinder zu versorgen und würde, wenn Inculpatin sich an sie gewendet, es nicht haben übernehmen können, auch ihr Kind zu verpflegen. Ueberdies schämte sie sich auch, es ihren Verwandten zu gestehen, daß sie sich mit einem ihr so wenig bekannten, fern wohnenden Mann abgegeben und gab deshalb gegen ihre Tante vor, daß ihr Schwängerer aus Rade sei und daß dessen Aeltern ihr gesagt, sie könne ihnen nur das Kind bringen. Von einer Ehefrau Schmidt, der sie, als sie aus ihrem letzten Dienste auf dem Hofe Schirnau getreten war, da selbige in der Kathe des Hofes wohnte, ihre Sachen und, wie sie behauptet, auch noch eine kleine Baarschaft von 6 ℔ v. Crt. in Verwahrung gegeben hatte, war ihr zwar das Anerbieten gemacht, daß sie, wenn sie nicht anderswo mit dem Kinde abzubleiben wisse, es ihr bringen könne. Allein sie hatte, wie die Aussage der Schmidt ergiebt, dabei mit Recht vorausgesetzt, daß die Frau Kostgeld fordern würde, wie sie denn auch, nach dem was über den Character dieser Person anderweitig bemerkt wird, wohl nicht mit Unrecht angenommen, daß die Schmidt, falls das Kostgeld ausbliebe, nicht 14 Tage das Kind behalten würde. So mochte denn allerdings der Inculpatin, die, wie sie behauptet, nicht gewußt hat, daß die Armenkasse sich ihres Kindes annehmen müsse, ihre Lage völlig rath- und trostlos erscheinen.

Als die Zeit ihrer Niederkunft sich herannäherte, fuhr sie mit einem Bauern nach Kiel, um dort in der Entbindungsanstalt ihr Wochenbett abzuhalten. Nach ungefähr vierwöchigem Aufenthalt genas sie von einer Tochter, und ungefähr 14 Tage später, am 14. Sept. 1851, wurde sie wieder mit dem Kinde entlassen. Eine der jungen Hebammen begleitete sie, wie das gewöhnlich zu geschehen pflegt, zum Wochenwagen, mit dem sie bis Wackendorf fahren wollte, um dann zu Fuß von dort längs dem Canal nach Schirnau zu gehen. Von den 40 ß v. Crt., die sie nach Kiel mitgebracht, waren ihr noch 9 ß übrig geblieben, damit bezahlte sie dem Fuhrmann und bestieg den Wagen, wie sie behauptet, in der Absicht, sich zunächst mit ihrem Kinde zu der Ehefrau Schmidt in Schirnau zu begeben. Der Fuhrmann Carstens, der sich unterwegs von Zeit zu Zeit mit ihr unterhielt und nicht bemerkt haben will, daß sie auffallend traurig oder still gewesen, machte sie, als er erfuhr, wohin sie wolle, darauf aufmerksam, daß sie es ja viel leichter hätte, wenn sie bis Ostenfeld mitführe, ihre Pappschachtel von einem kleinen Jungen für ein paar Schillinge tragen ließe, nach der Rader Ziegelei ginge und sich von dort dann nach Schirnau übersetzen ließe. Sie wies indessen diesen Vorschlag unter dem unwahren Vorgeben zurück, daß ihre Mutter, der sie geschrieben habe, ihr entgegen kommen werde.

Was diese Lüge veranlaßt hat, darüber giebt sie keine genügende Auskunft. Hätte sie sich darauf berufen, daß sie dem Fuhrmann nicht habe anvertrauen mögen, daß ihr selbst die wenigen Schillinge fehlten, um seinem Vorschlag folgen zu können, so würden ihre Angaben innere Wahrscheinlichkeit haben. Wenn sie nun aber eben nichts weiter anführt, als daß sie den ihr vorgeschlagenen Weg nicht habe einschlagen wollen, weil sie denselben nicht gekannt, so drängt sich dabei unwillkürlich der Verdacht auf, daß sie sich damals schon mit dem mörderischen Gedanken beschäftigt und deshalb den einsamen Weg am Canal vorgezogen hat. Dies ist ihr auch vorgehalten worden. Sie behauptet aber, sie habe damals solche Gedanken nicht gehabt, die seien ihr vielmehr erst später gekommen.

Nachdem Inculpatin in Wackendorf abgestiegen war, setzte sie ihren Weg zu Fuß weiter fort, ging bei der Cluvensiecker Schleuse über den Canal und dann auf dem Canaldamm nach Schirnau zu. Auf diesem Wege setzte sie sich nieder, um ihrem Kinde, dem sie auch schon auf dem Wagen, wie der Fuhrmann bemerkt hat, mehrmals die Brust gegeben, wieder die Brust zu reichen. Erst als sie nun da am Wasser sitzend, ihre trostlose verzweiflungsvolle Lage überdachte, kam ihr, wie sie sagt, in ihrer völligen Hoffnungslosigkeit über die Versorgung des Kindes der unglückliche Gedanke, es ins Wasser zu werfen. Daß sie nicht gleich zur Ausführung schritt, hatte, so erklärt sie auf Vorhaltungen, nicht darin seinen Grund, daß sie von ihrem Platze aus noch die Häuser an der Cluvensiecker Schleuse haben sehen können. Sie habe auf ihrem Wege Niemand gesehen, auch kein Schiff bemerkt, aber sie habe auch gar nicht daran gedacht, ob Jemand sie sehen könne, habe sich gar nicht um-

gesehen; und nur weil sie es nicht sogleich über's Herz habe gewinnen können, sei sie nicht gleich zur Ausführung des Mordgedankens geschritten. Los werden habe sie aber auch den Gedanken nicht wieder können; derselbe habe sie fortwährend beschäftigt und sie ganz verwirrt gemacht. Nach etwa 10 Minuten sei sie aufgestanden und sei noch ungefähr 10 Minuten mit dem Kinde längs dem Canal gegangen, da endlich habe sie es ins Wasser geworfen und sich darauf dem Kinde nachsehend neben dem Wasser hingesetzt. Das Kind sei sofort gesunken und gleich nachher sei auch ihr die Reue gekommen; sie habe aber das Kind, welches nicht wieder zum Vorschein gekommen, nicht mehr gesehen und sei denn endlich aufgestanden und langsamen Schrittes auf die Schmidtsche Wohnung zugegangen.

Bei den Eheleuten Schmidt langte Inculpatin Abends, nachdem schon Licht angezündet worden, an und erzählte ihnen, daß ihr Kind 8 Tage nach der Geburt in der Entbindungsanstalt verstorben sei. Der Ehefrau Schmidt fiel es auf, daß Inculpatin, die sie vor dem Zubettegehen bat, ihr die Brüste auszusaugen, noch einen so starken Zug in der Brust hatte; auch war es ihr auffallend, daß die Schürze der Inculpatin, wie auch ein Kindertuch, welches dieselbe in ihrem Beutel trug, beschmutzt waren. Die Inculpatin beruhigte sie aber darüber mit der unwahren Erzählung, daß ein aus der Entbindungsanstalt entlassenes Mädchen aus Heide mit ihrem Kinde sich auf dem Wochenwagen befunden und daß sie, weil das Mädchen wenig Milch gehabt, dessen Kind auf den Schooß genommen und ihm die Brust gegeben habe. Bei der Schmidt, die sich mit ihr bemühte, ihr einen Dienst zu verschaffen, blieb sie noch ungefähr 8 Tage, ging dann zu ihren Verwandten, denen sie erzählte, daß ihr Kind todt zur Welt gekommen, und trat hierauf Mitte October bei dem Pächter Sieverts auf Altenhof aufs Neue einen Dienst an. Als sie vorher ihre Sachen von den Eheleuten Schmidt abholte, brach sie bei Erwähnung ihres Kindes in Thränen aus, was der Schmidt sehr auffallend war, welche meinte, sie habe in ihrer Lage nur Ursache, sich über den Tod ihres Kindes zu freuen. Als sie ungefähr 14 Tage später in Veranlassung des Gerüchts, daß sie die Mörderin des im Canal gefundenen Kindes sei, von der dortigen Gutsobrigkeit vernommen ward, wies sie nicht nur diesen Verdacht mit dem Bemerken zurück, daß man ja darüber leicht durch eine Vorfrage bei der Direction der Kieler Gebäranstalt zur Gewißheit gelangen könne, sondern ihr Benehmen war dabei auch so wenig Verdacht erregend, daß die Behörde Bedenken trug, sie zu arretiren. Als nun aber die eingezogenen Erkundigungen es außer Zweifel stellten, daß sie mit einem lebenden Kinde Kiel verlassen, sie in Folge hiervon arretirt und nach Rendsburg transportirt ward, da legte sie schon, ehe sie ins Verhör geführt ward, gegen den Amtmann v. Cossel unter heftigem Weinen ihr Geständniß ab, und während der ganzen Untersuchung zeigte sie ein von tiefster Reue völlig zerknirschtes Wesen und machte, so nahe ihr dies auch mehrmals gelegt wurde, nie den Versuch, sich durch unwahre und unaufrichtige Angaben gegen die sie erwartende schwere Strafe zu schützen oder ihr Verschulden zu beschönigen; wie denn auch ihr Betragen in dem Arreste sehr gelobt wird und der Pastor Balemann, der ihr geistlichen Zuspruch ertheilt hat, die Ueberzeugung ausspricht, daß sie von wahrer aufrichtiger Reue über ihr Verbrechen erfüllt sei.

Während aber das Geständniß der Inculpatin sich mit so vieler Offenheit über alle irgend wesentlichen Punkte verbreitete, daß es darnach völlig unzweifelhaft erschien, daß sie an dem Kinde einen Mord begangen, wurden von anderer Seite Zweifel angeregt.

Die am 7. October vorgenommene Section der schon stark in Verwesung übergegangenen, auch sogar theilweise schon von Maden angefressenen Kinderleiche hatte ergeben, daß das Kind lebensfähig gewesen und nach der Geburt wahrscheinlich schon mehrere Tage gelebt habe. Anzeichen einer äußern Gewaltthätigkeit waren nicht erkennbar gewesen, andererseits hatte man aber auch diejenigen Erscheinungen vermißt, die gewöhnlich bei Leichen von Ertrunkenen angetroffen werden und die obducirenden Aerzte hatten in ihrem am 21. October erstatteten Gutachten erklärt, daß, weil weder im Verlaufe der Luftröhre noch im Magen auch nur die kleinste Menge einer wässerigen Feuchtigkeit vorgefunden worden, was doch wohl der Fall gewesen sein würde, wenn das Kind noch lebend und Athem schöpfend im Wasser angekommen wäre, aus diesen Verhältnissen mit vieler Wahrscheinlichkeit der Schluß gezogen werden dürfe, daß das Kind erst ins Wasser gekommen sein werde, nachdem dasselbe bereits vorher aus innern krankhaften Veranlassungen sein Leben verloren gehabt habe.

Bei dieser Ansicht verblieb der Physikus auch, als ihm das Geständniß der Inculpatin mitgetheilt ward, ja er fand sich nun in derselben noch durch den Umstand bestärkt, daß die Inculpatin ihrem Kinde die Brust gegeben haben wolle kurz, ehe sie dasselbe ins Wasser geworfen, weil, wie er bemerkt, bei der anatomischen Untersuchung auch kein Tropfen milchähnlicher Flüssigkeit im Magen angetroffen worden sei und es daher ganz und gar unwahrscheinlich sei, daß das Kind wirklich Milch aus der dargereichten Brust bekommen und hinuntergeschluckt habe. Dabei wies er zugleich darauf hin, daß nicht selten Fälle vorkämen, in welchen Kinder, die von den Müttern, weil sie nicht recht saugen wollten, sehr fest an ihre Brust angedrückt würden, besonders dann, wenn diese Theile weich und schlaff wären, an derselben erstickten.

Diese Erklärung des Physikus gab zur weiteren näheren Vernehmung der Inculpatin Veranlassung, und dem Ersteren ward Gelegenheit gegeben, der Inculpatin Fragen vorzulegen. Dies führte aber eben nur dahin, daß sie, die schon früher sich dahin ausgesprochen, daß sie gefühlt, wie das Kind, wenn auch nur kurze Zeit, die Brust gesogen und daß sie auch eben vor dem, daß sie dasselbe ins Wasser geworfen, gesehen, daß es den Arm oder, wie sie später angegeben, die Hand bewegt habe, sich nun noch hierüber mit größerer Ausführlichkeit und Entschiedenheit aussprach. Daß das Kind, als sie demselben auf dem Wagen die Brust gegeben, gesogen habe, erklärte sie, das glaube sie, mit Bestimmtheit könne sie das indessen jetzt nicht mehr sagen. Als sie sich am Canal niedergesetzt habe und dem Kinde die Brust gegeben, habe es ihrem Gefühl nach gesogen, auch habe sie es schlucken hören. Als sie aufgestanden und das Kind weiter getragen, habe es unter dem Tuche, mit dem sie es bedeckt gehabt, geschlafen und als sie es etwa eine Viertelstunde später aus dem Tuche genommen, habe sie gesehen, daß es die Finger der einen Hand durch Krümmung derselben gerührt habe. Dies habe sie deutlich gesehen und sei es ihr daher unzweifelhaft gewesen, daß das Kind in dem Augenblick gelebt habe. Da sie keine andere Bewegungen gesehen, so habe sie geglaubt, daß das Kind schlafe, nach den Augen habe sie nicht gesehen. Während der ganzen Tour von Kiel habe es nicht geschrieen. In der ersten Zeit nach der Geburt habe es an Athemsbeschwerden gelitten, die seien aber nur unbedeutend gewesen, hätten sich auch bald verloren, und daher habe sie den Aerzten nichts davon gesagt, auch sei das Kind sonst ganz gesund gewesen.

Diese Aussagen der Inculpatin machten indessen den Physikus in seiner Ueberzeugung nicht wankend, die er vielmehr in einem ferneren Gutachten vom 20. Januar 1852 mit großer Entschiedenheit wiederholte.

Daß bei anatomischer Untersuchung der Leichen der Ertrunkenen gar keine wässerige Feuchtigkeit vorgefunden worden, bemerkte er, sei allerdings schon vorgekommen, aber es gehöre dies doch zu den so seltenen Ausnahmen, daß man, wo, wie in diesem Falle, gar keine wässerige Feuchtigkeit angetroffen worden, immer mit vieler Wahrscheinlichkeit annehmen könne, daß der Körper schon todt gewesen, als er ins Wasser gekommen und bei dem Kinde der Kruse sei dies um so wahrscheinlicher, weil noch ein Umstand hinzukomme, der kaum eine andere Erklärung zulasse. Denn wenn das Kind 15 bis 20 Minuten, ehe es ins Wasser geworfen, noch lebend die Brust gesogen, so hätten, wenn auch im zersetzten Zustande, Ueberreste der Milch vorgefunden werden müssen. Es sei daher zu untersuchen, ob nicht das Kind vielleicht an der Mutterbrust seinen Geist aufgegeben, während es vergebliche Versuche zum Saugen gemacht. Häufig komme es vor, daß kleine Kinder an der s. g. Atelectasie sterben, indem das Saugen an der Brust und die dadurch herbeigeführte Unterbrechung und Störung des rhytmischen Athemholens den Tod herbeiführe und das criterische Kennzeichen dieser Krankheit sei, daß das Kind bald nach der Geburt von Zeit zu Zeit asthmatische Zufälle bekomme. Die anatomischen Zeichen der Atelectasie hätten nun freilich bei der schon weit vorgerückten Fäulniß an dem Kinde der Inculpatin nicht wahrgenommen werden können. Erwäge man aber, daß das Kind an Athemsbeschwerden gelitten habe, und berücksichtige man ferner, daß es schon 14 Tage nach der Geburt dem nachtheiligen Einfluß der Kälte ausgesetzt worden, daß in der Umhüllung im Umschlagetuch der Mutter das Athemholen erschwert gewesen, daß aber in dieser Umhüllung auch die Mutter demselben die Brust gegeben, so machten diese Umstände es ziemlich wahrscheinlich, daß dies Kind, wie so viele Tausend andere, unter den ungünstigen Verhältnissen, in denen es sich befunden, an der Atelectasie gestorben sei. Auf die Angaben der Inculpatin sei kein großes Gewicht zu legen, da Personen in einem so aufgeregten Zustande gewiß keine zuverlässige Beobachter seien. Die Bewegung der Finger aber sei von der Mutter im Verhöre nachgeahmt worden und diese könnte eben so gut als die letzte Zuckung eines in Krämpfen befindlichen Individuums angesehen werden, als für den Beweis einer freien und willkürlichen Muskelbewegung gelten.

Auf diese mit vielfachen Citaten aus medicinischen Schriften belegten Gründe stützte der Physikus seine Ueberzeugung, die er schließlich dahin zusammenfaßte:

> daß es sehr unwahrscheinlich sei, daß das Kind noch gelebt habe, als die Mutter es ins Wasser geworfen, indem vielmehr Grund vorhanden sei, anzunehmen, daß das Kind an der Atelectasie gestorben sei.

Das Obercriminalgericht trug Bedenken, dieses ärztliche Gutachten der richterlichen Beurtheilung zum Grunde zu legen, und das von der medicinischen Facultät in Kiel eingezogene Gutachten hat es bestätigt, daß die Richtigkeit der Ansicht des Obducenten nicht ohne Grund in Zweifel gezogen worden.

(Der Beschluß folgt.)

Allerhöchst privilegirte
Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen **Henrici** *und* **Lucht.**
Gedruckt bei **Augustin** *in Glückstadt.*

4. Stück. Den 28. Januar 1856.

Entscheidungen.

Rechtsfall, die Interpretation eines Testaments betreffend.

(Beschluß.)

Auf hiergegen von der Klägerin eingewandte Oberappellation erfolgte nachstehendes Erkenntniß:

Frederik der Siebente &c.

In Sachen der Ehefrau Anna Both, geb. Wulf, nebst ehelichem Curator, zu Roßfteert, Klägerin, dann Provocantin und Provocatin, jetzt Appellantin, wider die Ehefrau Anna Krämer, geb. Schuldt, nebst ehelichem Curator daselbst, die Geschwister Heinrich, Johann, Michael, Peter, Matthias Poll, die Ehefrau Maria Timm, geb. Poll, nebst ehelichem Curator, sämmtlich in Heist, Klosters Uetersen, und Jacob Poll in Hohenhorst und endlich die Geschwister Peter Hauschild daselbst, Michael und Hinrich Hauschild zum Roßfteert und die Ehefrau Anna Dücker, geb. Hauschild, nebst ehelichem Curator in Haselau, Beklagte, dann Provocaten und Provocanten, jetzt Appellaten, wegen schuldiger Kauf- und Ueberlassungsgelder für die f. g. Blohmenkoppel, dann Provocation gegen das Erkenntniß des Haseldorfer Justitiariats vom 12. Januar 1854, jetzt Appellation gegen das Erkenntniß des Holsteinischen Obergerichts vom 30. Juni 1854,

wird, nach verhandelter Sache, unter abschriftlicher Mittheilung der eingezogenen Gegenerklärung an die Appellantin,

in Erwägung, daß die erste auf die angeblich mangelhafte Einlassung der Beklagten bezügliche Beschwerde der Klägerin und Appellantin unbegründet ist, da vielmehr in der Vernehmlassung, wenn damit die derselben beigefügten Anlagen und die duplicando bei der Verhandlung vor dem Haseldorfer Justitiariat zu Protocoll gegebene erläuternde Erklärung zusammen gehalten werden, eine hinreichend bestimmte Erklärung über alle zur Klagbegründung gehörige Thatsachen zu finden ist, von dieser Seite also einem Erkenntniß in der Hauptsache kein Hinderniß entgegensteht;

in Erwägung ferner, daß eine Vergleichung des Inhalts des am 18. October 1811 von den Eheleuten Both zu Uetersen errichteten Testaments und der von denselben dort am 26. Juli 1819 errichteten Beilage die Ueberzeugung gewähren muß, daß die von den Testatoren im Testamente § 10 sub 4 getroffene Anordnung, wornach die demnächst auf die Kinder der Klägerin für eine Einlösungssumme gekommene Parcele der Blohmenkoppel nach deren ohne Hinterlassung ehelicher Leibeserben erfolgtem Ableben Einem der übrigen Descendenten zufallen und die vom neuen Erwerber nochmals zu zahlende Einlösungssumme unter der Testatoren sämmtliche Nachkommen vertheilt werden sollte, durch die Vorschrift des § 1 der Testamentsbeilage nicht blos bezüglich der Person der substituirten Fideicommissare, sondern auch in Ansehung der zum Genuß der von Neuem zu zahlenden Einlösungssumme Berechtigten eine Abänderung und zwar in letzterer Beziehung dahin erfahren hat, daß die Fideicommissare, denen jenes Grundstück nach dem Tode der Kinder der Klägerin zugefallen ist, die Einlösungssumme an die Erben dieser Kinder auszukehren haben, weil

1) die versuchte Deutung der betreffenden Bestimmung im § 1 der Beilage dahin, daß die Nachkommen der Testatoren zum Genuß der zum zweiten Mal zu zahlenden Einlösungssumme berechtigt sein sollten, schon deshalb unmöglich ist, weil dann diejenigen, welche solche Summe zu zahlen, und diejenigen, welche sie zu empfangen hätten, die nämlichen Personen sein würden, während die Annahme, daß die Testatoren die Einlösungssumme auch im § 1 der Beilage nur

in der Absicht bestimmt haben sollten, damit es für den etwanigen Fall, daß Einem ihrer Nachkommen das ganze Grundstück überlassen werden sollte, an einem Maaßstabe für die Auslösung der übrigen nicht fehle, in dem Inhalt und der Fassung dieser letztwilligen Verfügung einen Anhaltspunkt nicht findet, und als bloße Supposition nicht gebilligt werden kann;

2) weil die Verfügung, daß das Land, welches den Kindern der Klägerin für eine Einlösungssumme zugewiesen war, nach deren kinderlosem Ableben an die übrigen Nachkommen der Testatoren zurückfallen soll, ohne daß den Erben der Ersteren die bezahlte Einlösungssumme erstattet wird, wenn dieselbe auch in modificirter Weise im Testament getroffen war, mit den übrigen veränderten Bestimmungen in der Beilage nicht in Einklang stehen würde, da nach dem § 6 der letzteren die schon von den Testatoren als Erbin ihrer Kinder vorausgesetzte Mutter mit einer auf den Pflichttheil bezüglichen Einschränkung nicht nur das Land, sondern auch das von den Testatoren auf ihre Kinder gekommene Capital zu restituiren hat, und also eine Verfügung des angegebenen Inhalts, wenn diese neben den übrigen Bestimmungen der Testamentsbeilage getroffen wäre, zur Folge haben müßte, daß die Mutter nicht nur das Gut, worüber die Testatoren fideicommissarisch verfügt haben, sondern auch das sonstige zur Berichtigung der Einlösungssumme verwendete Vermögen ihrer Kinder zu Gunsten der Nachkommen der Testatoren verlieren würde, während doch die Bestimmung im § 6 der Testamentsbeilage ergiebt, daß die Testatoren sogar in Berücksichtigung eines Pflichttheilsrechts der Mutter wenigstens eventuell einen Theil des von ihnen herrührenden Vermögens belassen wollten, keinenfalls also den Testatoren die Absicht zugetraut werden darf, in Widerspruch mit bekannten Rechtsgrundsätzen den Erben ihrer Enkel die Verpflichtung aufzuerlegen, mehr als diese erhalten hätten, zu restituiren; und weil endlich

3) während aus den **sub** 1 und 2 angeführten Gründen zur Auslegung des § 1 der Testamentsbeilage auf die frühere unter anderen Voraussetzungen getroffene Bestimmung im § 10 **sub** 4 des Testaments nicht zurückgegangen werden darf, der einfache Wortsinn jenes Paragraphen der Beilage geradezu für die allen sonstigen Verhältnissen angemessene Auffassung spricht, daß nach dem Willen der Testatoren zwar das Land, dessen Genuß diese ihren Enkeln, den Kindern der Klägerin, als eine Vergünstigung zugewiesen hatten, in dem eingetretenen Fall des kinderlosen Ablebens derselben, an ihre, der Testatoren, sonstigen Nachkommen zurückfallen, dagegen aber auch von diesen das, was von jenen zur Einlösung gezahlt war, an die Erben derselben herausgegeben werden soll, und die Restitutionspflicht der Klägerin bezüglich des mit Fideicommiß belegten Erbtheils ihrer Kinder nur nach § 6 der Testamentsbeilage zu beurtheilen ist;

in Erwägung, daß hiernach und da einerseits die Qualität der Klägerin als Erbin ihrer beiden Söhne, so wie andererseits der Betrag, für welchen von letzteren das jetzt an die Beklagten zurückgefallene Land eingelöst worden, unter den Partheien nicht bestritten ist, die Beklagten auch einräumen, daß sie sich im Besitz dieses Landes befinden, ohne die Behauptung der Klägerin, daß solches bereits seit dem 18. Januar 1852 der Fall gewesen, zu bestreiten, der von der Klägerin erhobene Anspruch auf Auskehrung der in Frage stehenden Einlösungssumme nicht nur begründet ist, sondern auch in seiner thatsächlichen Begründung vollständig liquide vorliegt, bei der Entscheidung jedoch berücksichtigt werden muß, daß der Klägerin nach der nämlichen letztwilligen Verfügung, aus welcher sie geklagt hat, Gegenverpflichtungen obliegen, deren Erfüllung bei Geltendmachung des Anspruchs auf ihrer Seite, wie sie in der Klage selbst anerkannt hat, verlangt werden kann;

in Erwägung, daß nach § 6 der Testamentsbeilage die Klägerin außer dem Lande alles aus dem Nachlaß der Testatoren auf ihre Kinder gekommene Capital, mithin nach der von beiden Seiten anerkannten Erbtheilungsacte 5217 ℔ 10 ß 4½ ₰ vorm. Crt., wenn zuvor daraus ihr ihr Pflichttheil ausgekehrt worden, an die Beklagten zu restituiren hat, daß zumal die Absicht der Testatoren, der Klägerin so wenig als möglich aus ihrem Nachlaß zukommen zu lassen, unverkennbar aus den getroffenen Bestimmungen hervorleuchtet, unter dem hier erwähnten Pflichttheil nur diejenige Quote des gesammten Vermögens der Kinder oder des zuletzt verstorbenen Sohnes der Klägerin mit Einschluß des durch die Testatoren mit Fideicommiß belegten Theils, welche ihr als erbberechtigten Ascendentin den Gesetzen nach nicht entzogen werden konnte, verstanden werden darf, und die Klägerin es an Anführung der Thatsachen hat fehlen lassen, welche bei einem Urtheil darüber, ob sie in ihrem Pflichttheilsrecht, wenn dasselbe in diesem Sinne aufgefaßt wird, verletzt worden, wesentlich in Betracht kommen;

in Erwägung, daß mithin der liquide Anspruch der Beklagten, in der von ihnen verlangten Einlösungs-

summe den Betrag des auf die Kinder der Klägerin aus dem großälterlichen Nachlaß gekommenen Capitals zu kürzen, zu berücksichtigen, der Anspruch der Klägerin aber mit Rücksicht auf jene ihren Pflichttheil betreffende Bestimmung zur Ausführung in einem gesonderten Verfahren zu verweisen ist;

und in Erwägung endlich, daß der von der Klägerin angeführte Umstand, daß die jetzt an die Beklagten zurückgefallene Blohmenkoppel der von den Eheleuten Both ertheilten Erlaubniß gemäß während der Besitzzeit ihrer Kinder mit einer protocollirten Schuld zum Betrage von 4000 ℔ vorm. Cour. beschwert worden, selbstverständlich dahin Berücksichtigung finden muß, daß den Beklagten verstattet bleibt, bis zur Ablösung dieser Schuld von der von ihnen zu erstattenden Einlösungssumme einen gleichen Betrag zurückzuhalten,

unter Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses des Holsteinischen Obergerichts, hiemit für Recht erkannt:

daß Beklagte schuldig, die Summe von 9998 ℔ 9 ß 9½ ₰ vorm. Cour., jetzt 5332 ℛ 57 ß R.-M., womit die den Kindern der Klägerin zugefallene Parcele der Blohmenkoppel s. Z. von diesen eingelöst worden, nach Abzug der zufolge Erbtheilungsacte nach den Eheleuten Peter und Maria Both aus deren Nachlaß jenen Kindern zugefallenen 5217 ℔ 10 ß 4½ ₰ vorm. Cour., jetzt 2782 ℛ 72 ß, mithin die Summe von 2549 ℛ 81 ß R.-M. nebst Zinsen à 5 pCt. vom 18. Januar 1852 an, an die Klägerin auszuzahlen, wobei jedoch den Beklagten die Zurückhaltung des Betrages der auf dem Lande haftenden protocollirten Schuld bis zu deren Ablösung, und der Klägerin vorbehalten wird, ihre behaupteten Ansprüche mit Rücksicht auf die ihren Pflichttheil betreffende Bestimmung in dem § 6 der Testamentsbeilage der genannten Eheleute Both vom 26. Juli 1819 in einem gesonderten Verfahren auszuführen; unter Compensation aller bis hiezu erwachsenen Proceßkosten, soweit darüber nicht bereits rechtskräftig erkannt worden.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Oberappellationsgerichte zu Kiel, den 26. Juni 1855.

Criminalfälle.

Verwandtenmord.

(Beschluß.)

Die Facultät erklärt: daß nicht immer bei Ertrunkenen Wasser in den Luftwegen und im Magen angetroffen werde, lehre die Erfahrung und die Abwesenheit des Wassers könne daher für sich allein keinen Gegenbeweis gegen den Ertrinkungstod abgeben. Außerdem könne auch in diesem Fall das Nichtvorhandensein der Flüssigkeit um so weniger befremden, weil leicht einzusehen, daß bei dem hohen Grad von Fäulniß selbst die ursprünglich dagewesene durch den Druck des sowohl in der Brust als in der Bauchhöhle sich entwickelnden Gases ausgetreten sein könne. Aus demselben Grunde habe man auch nimmer erwarten dürfen, milchartige Flüssigkeit in dem Magen des Kindes anzutreffen, wie viel oder wenig das Kind an Milch verschluckt haben möge, (und nur wenig werde es aller Wahrscheinlichkeit nach, wie auch die Inculpatin selbst angebe, gewesen sein) da das Kind bei der längern durchaus ungewohnten Einwirkung der freien Luft in Verbindung mit der rüttelnden Bewegung des Fahrens müde und zum Schlafen geneigt gewesen. Denn aus dem Magen, der nach dem Obductionsprotocoll gar nichts enthalten habe, werde der Inhalt wahrscheinlich durch den Druck der in der Bauchhöhle gebildeten Gase ausgetrieben worden sein. Ob aber vielleicht an der Schleimhaut des Mundschlundes und der Speiseröhre sich noch einzelne Milchreste in Form weißer käsiger Flecke hätten nachweisen lassen, müsse dahingestellt bleiben, da über alle die genannten Theile die Untersuchung bei der Obduction sich nicht erstreckt habe, wiewohl der Physicus hinsichtlich des Schlundes, worunter wohl die Speiseröhre zu verstehen sei, das actenwidrige Gegentheil behaupte. Die gegen die Angaben der Inculpatin, daß sie ihrem Kinde kurz vor dem, daß sie es ins Wasser geworfen, die Brust gegeben, vom Physicus erhobenen Zweifel entbehrten daher alles Grundes und seien zum Theil durch die Schuld der Obducenten hervorgerufen. Was endlich die in dem Gutachten der obducirenden Aerzte ausgesprochene Ansicht anlange, daß das Kind, ehe die Mutter es ins Wasser geworfen, an innern krankhaften Veranlassungen gestorben sei, so sei zur positiven Begründung dieser Ansicht gar nichts beigebracht und die später vom Physicus aufgestellte Vermuthung, daß das Kind an Atelectasie der Lungen gestorben sei, bekunde auch eben nur das Bemühen, eine Ursache für den Tod des Kindes aufzufinden, der nun einmal vor dem Falle ins Wasser eingetreten sein solle. Denn die Annahme der Atelectasie finde in dem Sectionsbefunde,

welcher die vollständigste Expansion beider Lungen darthue, wenn auch keine absolute Widerlegung, da der Antheil der Fäulniß an der Luftentwickelung nicht genau bemessen werden könne, so doch jedenfalls auch nicht die leiseste Spur einer Unterstützung. Eben so wenig berechtigten die Symptome während des Lebens zu derselben, da die Inculpatin in Gegenwart des Physicus vor Gericht ausgesagt habe, daß die anfänglichen Athmungsbeschwerden sich bald ganz verloren hätten und das Kind ganz gesund gewesen.

Ihre auf diese Gründe sich stützende Ansicht faßte schließlich die Facultät dahin zusammen:

> daß, wenn gleich der directe Beweis, daß die Inculpatin in Bezug auf die Tödtung ihres Kindes die Wahrheit gesagt habe, aus dem vorliegenden thatsächlichen Befunde nicht entnommen werden könne, doch auch auf der anderen Seite nichts in demselben enthalten sei, was mit ihrem Geständnisse irgend im Widerspruch stände und zu Zweifeln an ihrer Glaubwürdigkeit berechtige.

Der Defensor der Inculpatin vindicirte dem Gutachten des Physicus, sowohl was Gründlichkeit als Gelehrsamkeit anlange, den Vorzug vor dem des Sanitätscollegii und unterwarf die im letzteren zur Widerlegung der Ansicht des Physicus angeführten Gründe einer ausführlichen Kritik. Er gelangte dabei zu dem Resultat, daß es als sehr wahrscheinlich angesehen werden müsse, daß das Kind nicht lebend ins Wasser geworfen sei. Jedenfalls aber, meinte er, könne das Leben des Kindes in dem Augenblick der That nicht als genügend constatirt angesehen werden, weil die Angaben der Mutter, zumal sie sich in einem sehr aufgeregten Zustande befunden habe, hierfür keinen genügenden Beweis liefern könnten. Seinen hauptsächlichen Antrag richtete der Defensor daher auf völlige Freisprechung. Eventuell erörterte er aber nicht bloß die Frage, ob bei mangelhafter Constatirung des objectiven Thatbestandes eine Strafe eintreten könne, sondern er suchte auch ferner zu zeigen, daß die That der Inculpatin, den Beweis des objectiven Thatbestandes vorausgesetzt, nicht als Mord, sondern als Todtschlag, zu bezeichnen, und daß Inculpatin sich in einem Zustande geminderter Zurechnungsfähigkeit befunden habe, wie er denn auch in einem weiteren Antrage unter Hervorhebung aller für die Inculpatin sprechenden Milderungsgründe bat, daß ein mildes Urtheil wider sie gefällt und sie wenigstens zur Allerhöchsten Begnadigung empfohlen werden möge.

Das Rendsburger Amthaus fand den objectiven Thatbestand nicht hinlänglich constatirt und trug auf Verurtheilung der Inculpatin wegen Versuchs des **parricidium** zur zehnjährigen Zuchthausstrafe an.

Das Geständniß der Inculpatin, dessen Inhalt sich in der Kürze dahin zusammenfassen läßt, daß sie 14 Tage nach der Geburt ihres Kindes dies gesunde Kind, an dessen Leben zu zweifeln ihr um so weniger in den Sinn kommen konnte, weil sie noch kurz vorher, als sie demselben die Brust gegeben, gefühlt, wie es gesogen, auch gehört, wie es die Milch geschluckt, und weil sie in dem Moment, als sie es ins Wasser hat werfen wollen, deutlich gesehen, wie es die Finger der einen Hand bewegte, in der Absicht, es zu tödten, ins Wasser geworfen hat, trägt unverkennbar alle inneren Merkmale der Glaubwürdigkeit an sich und entbehrt auch keineswegs der äußern Bestätigung durch anderweitig ermittelte Umstände. Sie war am 14. Septbr. mit einem gesunden lebenden Kinde aus der Entbindungsanstalt entlassen, hatte, wie der Fuhrmann wahrgenommen, auf dem Wagen noch mehrmals dem Kinde die Brust gegeben, langte aber noch am selbigen Abend ohne Kind in Schirnau bei den Eheleuten Schmidt an und reichlich 14 Tage später ward die Leiche des Kindes im Canale, an dem ihr Weg sie entlang geführt hatte, gefunden. In der That, auch wenn kein Geständniß vorläge, würden schon diese Umstände einen dringenden Verdacht des begangenen Mordes begründen. Und darf man denn nun, wo ein damit genau correspondirendes Geständniß vorliegt, Bedenken tragen, den Beweis sowohl des objectiven wie des subjectiven Thatbestandes als vollständig geführt anzusehen?

Freilich, wenn man außer und neben dem Geständnisse noch einen anderweitigen positiven Beweis fordern will, daß das Kind den Moment erlebt hat, wo die Mutter es ins Wasser geworfen, der läßt sich nicht beibringen. Allein bekanntlich ist in neuerer Zeit sowohl von der Doctrin als von der Praxis die von Stübel mit schlagenden Gründen vertheidigte Ansicht, daß auch bei schweren Verbrechen der objective Thatbestand durch das Geständniß des Inquisiten allein erwiesen werden könne, zur Anerkennung gekommen und am wenigsten wird man einem in der Weise wie das vorliegende objectiv bestätigten Geständnisse die volle Beweiskraft absprechen dürfen. Fragt man aber, ob denn den von dem Physicus angeregten Zweifeln gar kein Werth beizulegen, so wird in dieser Hinsicht auf das Facultätsgutachten hingewiesen werden dürfen, welches dieselben für völlig grundlos erklärt. Freilich kommt es hier, wie der Defensor richtig bemerkt, eben nur auf die materielle Wahrheit an, und wäre das Gutachten der Facultät für das Gericht nicht vollständig überzeugend, so würde der Ausspruch desselben an sich nicht entscheidend sein dürfen. Aber für den vorliegenden Fall ist diese Bemerkung nicht am rechten Orte. Es läßt sich im Gegentheil nicht verkennen, daß das Physicatsgutachten

eine schwache Basis hat; wie ja denn auch eben dadurch die Einziehung eines Gutachtens der höhern medicinischen Behörde veranlaßt worden ist.

Daß keine wässerige Feuchtigkeit in den Luftwegen angetroffen worden, ist eine Erscheinung, die freilich nicht häufig vorkommt, aber doch, wie auch der Physicus zugiebt, schon eher an notorisch Ertrunkenen wahrgenommen worden ist, und wenn man ganz davon absehen will, daß diese Erscheinung nach dem Ausspruch der Facultät in diesem Fall mit Rücksicht auf die weit vorgeschrittene Fäulniß nichts Befremdendes haben kann, so dürfte doch auch das eigene Gutachten des Physicus noch einen andern Erklärungsgrund zulassen. Er meint nämlich, daß das Nichtvorhandensein der wässerigen Bestandtheile, wo es bei wirklich Ertrunkenen vorgekommen, durch einen plötzlich eintretenden apoplectischen Tod oder durch einen Krampf der Stimmritze zu erklären sei, und gewiß fragt man mit Recht: liegt denn nicht eben die Annahme nahe, daß das 14tägige Kind der Inculpatin, dem der Physicus ja ein so zartes schwaches Leben zuschreibt, daß er es für möglich, ja sogar wahrscheinlich hält, daß es beim Saugen an der Mutter Brust seinen Geist verhaucht habe, als es aus der warmen Umhüllung herausgenommen und schlafend ins Wasser geworfen worden, bei der ersten Berührung mit dem kalten Wasser entweder apoplectisch gestorben, oder einen Krampf in der Stimmritze erhalten habe? So viel liegt also jedenfalls klar zu Tage, jene an dem Kinde der Inculpatin wahrgenommene, auch schon früher bei Ertrunkenen vorgekommene Erscheinung kann keinen genügenden Zweifelsgrund abgeben. Und wie steht es denn nun mit dem zweiten vom Physicus für seine Ansicht aufgestellten Grunde? Haben die Aerzte bei der Obduction wirklich ihre Aufmerksamkeit darauf gerichtet gehabt, ob sich nirgends irgend welche zersetzte Ueberreste von Milch entdecken ließen? Ihr Befund läßt dies nicht erkennen und wenn man es auch annehmen und sich über den Ausspruch der Facultät, daß aus dem Nichtvorhandensein von Milchtheilen nicht darauf geschlossen werden dürfe, daß das Kind nicht die Brust erhalten, hinwegsetzend es als gewiß ansehen wollte, einmal, daß keinerlei Ueberreste von Milch auch bei der sorgfältigsten Untersuchung zu ermitteln gewesen, und dann, daß hieraus folge, daß das Kind nicht, wie die Mutter angebe, kurz vor dem Ertrinken die Brust erhalten habe, so fragt man doch nicht ohne Grund: was berechtigt denn den Physicus zu dem Schluß, daß das Kind nicht den Moment erlebt hat, wo es ins Wasser geworfen worden? Es folgt doch aus jenen beiden Sätzen zunächst noch nicht weiter, als daß es nicht wahr sein kann, wenn Inculpatin behauptet, ihr Kind habe kurz vor dem Ertränken die Brust erhalten, und fragt es sich denn weiter, ob Inculpatin etwa, um es damit plausibel zu machen, daß sie früher nicht den mörderischen Entschluß gehabt, unwahrer Weise vorgegeben, daß sie dem Kinde noch kurz vor dem, daß sie es ins Wasser geworfen, die Brust gegeben, oder ob es ihr, die sich ja nach Annahme des Physicus über Alles, was mit dem Kinde in der letzten Zeit vor sich gegangen, getäuscht haben soll, auch etwa entgangen, daß das Kind, statt die Brust zu nehmen, an derselben geschlafen habe, oder endlich, ob es an der Brust der Mutter unbemerkt verschieden sei. Von diesen drei Möglichkeiten würde doch mindestens die eine eben so viel Berechtigung haben, als die andere, und wenn der Physicus sich ohne Weiteres für die letztere entscheidet, wenn er bei der in dem ersten Gutachten ganz willkürlich ohne alle weitere Motivirung hingeworfenen Meinung, daß das Kind, ehe es ins Wasser gekommen, an innerer Krankheitsveranlassung gestorben sei, selbst, nachdem die Inculpatin ein hiermit in Widerspruch stehendes völlig glaubwürdiges, mit allen anderweitig ermittelten Umständen genau correspondirendes Geständniß abgelegt, beharrt, wenn er Alles, was die Inculpatin mit dem Gefühl, dem Gehör und dem Gesicht wahrgenommen haben will, für Täuschungen erklärt und dagegen seinerseits lediglich willkürliche Hypothesen aufzustellen weiß, für die er auch nicht den leisesten Anhaltspunkt in dem Befunde hat, so darf wohl behauptet werden, daß das Physicatsgutachten eine sehr zweifelhafte Grundlage hat, wie es denn auch bei einigermaaßen unbefangener Beurtheilung aller einzelnen Umstände in keiner Weise sich verkennen lassen möchte, daß von den drei Möglichkeiten, welchen die vom Physicus angenommene, auf von der Facultät als unhaltbar verworfenen Gründen beruhende Ansicht Raum läßt, gerade die von ihm willkürlich gewählt worden ist, die am Wenigsten Wahrscheinlichkeit hat. Die geistige Aufregung, in die die Inculpatin durch den plötzlich in ihr auftauchenden Mordgedanken versetzt worden, mag noch so groß gewesen sein, ein absolutes Hinderniß für richtige sinnliche Wahrnehmungen liegt darin nicht. Wohl aber wird man es dem verbrecherischen Entschluß zuschreiben müssen, daß Inculpatin von dem Augenblick an, wo derselbe in ihrer Seele Wurzel gefaßt, größere Aufmerksamkeit für Alles hatte, was mit dem Kinde vor sich ging, und daß sich die letzten Eindrücke, die sie an demselben in sich aufnahm, sich ihrem Gedächtnisse stärker einprägten. Auf dem Wagen hatte sie es nicht weiter beachtet, ob das Kind, als sie es an die Brust legte, gesogen, wenigstens erinnert sie dies nachher nicht mehr bestimmt. Jetzt aber, wo sie es ums Leben bringen wollte, fühlte sie, wie es die Brust sog, sie hörte, wie es die Milch schluckte, ihr entgingen auch unmittelbar vor der That die unbedeutenden Bewegungen der Finger nicht, die sie sonst schwerlich be-

achtet haben würde, sie sah sie vielmehr deutlich, wie sie bemerkt. Und ihr sollte es gänzlich entgangen sein, wenn ihr Kind an ihrer Brust verschieden wäre, sie sollte es gar nicht bemerkt haben, als sie weiter ging, daß sie ein todtes Kind im Arme trüge? Ihr, die ja nicht, wie so manche Mutter, welche ihr Kind unmittelbar nach der Geburt umzubringen beabsichtigt, in der Lage war, daß sie jedem Lebenszeichen mit großer Spannung entgegen sehen mußte, die vielmehr nicht über das Leben ihres Kindes zweifelhaft sein konnte, sollte die doppelte Täuschung begegnet sein, daß sie bestimmte Kennzeichen des Lebens wahrzunehmen glaubte, während es ihr unbemerkt blieb, daß ihr Kind gerade im selbigen Moment verschied. Tritt denn der Tod bei einem 14tägigen gesunden Kinde gewöhnlich so leise und unbemerkt auf? Ein völlig gesundes Kind muß es ja aber doch wohl gewesen sein, was sie von Kiel mitnahm; freilich hatte es anfangs an asthmatischen Beschwerden gelitten, aber die waren ja ganz unbedeutend, auch bald wieder vorübergegangen, und das Kind sonst, wie die Mutter sagt, völlig gesund gewesen, und läßt es sich doch auch nicht bezweifeln, daß nicht aus der Entbindungsanstalt eine erst 14 Tage von dem Kinde genesene Mutter entlassen wird, wenn das Kind noch so schwach und zart ist, daß es die Reise nicht vertragen kann und es nur der unbedeutendsten Veranlassung bedarf, damit es seinen Geist verhaucht.

In der That, es liegt diesem Allen nach klar zu Tage, daß das Physicatsgutachten eine völlig unhaltbare Basis hat.

Muß man sonach der rechtlichen Ueberzeugung sein, daß der objective Thatbestand der Tödtung vollständig erwiesen vorliege, so bietet auch im Uebrigen die rechtliche Beurtheilung dieses Falles nach keiner Seite hin Schwierigkeiten dar. Inculpatin hat geständigermaaßen ihr Kind ins Wasser geworfen, um sich einer lästigen Bürde zu entledigen, und wenn der Defensor die Ansicht vertheidigt, daß kein Mord, sondern nur ein Todtschlag, begangen sei, so tritt schon das Motiv der That einer solchen Auffassung entgegen, wie denn auch der Umstand, daß Inculpatin erst, nachdem sie sich ungefähr zwanzig Minuten mit mörderischen Gedanken beschäftigt, zur Ausführung schritt, die an sich schon bei der Tödtung eines so kleinen Kindes regelmäßig nicht zu rechtfertigende Annahme eines Affectes ausschließen dürfte.

Es liegt aber auch ferner kein Moment vor, welches die volle Zurechnung der That zur Strafe rechtlich irgend bedenklich erscheinen lassen könnte, und möchte es daher völlig unzweifelhaft sein, daß Inculpatin durch die Tödtung ihres 14 Tage alten Kindes die gesetzliche Strafe des Verwandtenmordes verwirkt hat. Eben so unzweifelhaft erscheint es aber andererseits, daß es einer umfangreichen Milderung der Strafe auf dem Gnadenwege bedurft hat, um ein richtiges Verhältniß zwischen Strafe und Verschulden herzustellen.

Das Motiv, welches die Inculpatin geleitet hat, bildet allerdings im Allgemeinen ein sehr erschwerendes Moment, und würde es auch in diesem Falle thun, wenn man annehmen dürfte, daß Inculpatin schon längere Zeit entschlossen gewesen, sich durch einen Mord einer lästigen Bürde zu entledigen, und eben dadurch bestimmt worden, den einsamen Weg am Canal zu wählen. Wenn aber auch verschiedene Umstände auf solchen Verdacht hinführen, so würde es doch völlig ungerechtfertigt erscheinen, wenn man demselben Raum geben wollte. Bei der Offenheit und Aufrichtigkeit, welche Inculpatin während der ganzen Untersuchung an den Tag gelegt, wird sie vielmehr für ihre Angaben, auch wo sie für sie günstig lauten, auf Glaubwürdigkeit Anspruch machen können; und geht man davon aus, so stellt sich ihr Verbrechen unverkennbar in einem sehr milden Lichte dar.

Die erst seit 14 Tagen vom Kinde genesene Wöchnerin hatte, nachdem sie mehrere Stunden auf dem Wochenwagen zugebracht, nun noch eine Strecke Weges zu Fuß zurückgelegt. Sie hatte dabei nicht bloß ihr Kind tragen müssen, sondern war auch außerdem mit einer Hutschachtel, welche ihre Kleidungsstücke enthielt, beladen, und mag sie auch eine noch so rüstige Person sein, so wird man dem Defensor, der daraus den freilich rechtlich augenscheinlich nicht genügend motivirten Schluß zieht, daß sie sich in einem Zustande geminderter Zurechnungsfähigkeit befunden habe, doch darin beipflichten müssen, daß sie gewiß körperlich sehr afficirt gewesen sein wird, als sie sich am Canal niedergesetzt, um ihrem Kinde die Brust zu geben. Der einsame Weg am Canal war recht eigentlich geschaffen, ihre Gedanken ganz auf sich und ihre unglückliche Lage zu concentriren. Sie, die für ihr erstes Kind bisher von ihrem Lohn von 20 ℛ 16 abgegeben, wußte nicht, woher sie die Mittel nehmen sollte, nun auch das zweite Kind zu versorgen. Daß die Armenkasse zuschreiten müsse, war ihr, wie sie sagt, unbekannt, und so mochte es sie denn wohl allerdings mit Grund sehr quälen, was sie mit dem Kinde anfangen solle. Es war ihr bis dahin der Gedanke, sich desselben zu entledigen, nicht gekommen; jetzt, wo sie auch körperlich angegriffen, an dem entlegenen Ort ihren quälenden Sorgen ganz nachhing, kam ihr plötzlich der Gedanke, es ins nahe Wasser zu werfen, und ihr körperlicher Zustand mag da wohl allerdings dazu beigetragen haben, daß sie sich ganz der Verzweiflung über ihre Lage hingegeben und sich eines solchen ihr sonst fremd gebliebenen Gedankens nicht erwehren konnte. Es

kämpfte noch eine Zeitlang die Liebe mit dem verbrecherischen Gedanken; aber letzterer gewann doch endlich die Oberhand. Und die Ausführung erforderte ja denn auch wenig Energie des verbrecherischen Willens. Es war nur ein Moment; sie brauchte nur das Kind aus den Armen ins Wasser fallen zu lassen und die gleich darauf kommende Reue kam schon zu spät; das Kind war für sie unrettbar verloren.

Das unter solchen Umständen begangene Verbrechen steht in dem Leben der Inculpatin ganz isolirt da. Abgesehen von den wiederholten außerehelichen Schwängerungen, worauf bei den Verhältnissen, unter denen sie aufgewachsen ist, — sie selbst ist ja ein uneheliches Kind und die Schwester ihrer Mutter hat nicht weniger als vier uneheliche Kinder — nicht viel Gewicht gelegt werden darf, hat sie sich nichts zu Schulden kommen lassen; sie hat von den meisten ihrer früheren Dienstherren gute, ja zum Theil sehr lobende Zeugnisse aufzuweisen, und wenn von verschiedenen Seiten geäußert wird, daß es kaum begreiflich erscheine, wie ein solches Mädchen zu einem solchen Verbrechen habe kommen können, so stimmt auch ihr Benehmen während der Untersuchung, welches von aufrichtiger, tiefempfundener Reue zeugt, mit der Annahme überein, daß das Verbrechen weniger in einer Verdorbenheit ihres Characters, als in einer unglücklichen Constellation der äußern Verhältnisse seinen Grund hat.

Das Obercriminalgericht hat denn auch kein Bedenken getragen, sich für eine Verwandlung der verwirkten Todesstrafe in eine zehnjährige Zuchthausstrafe zu verwenden, und nach Einsendung der Acten an das Königl. Oberappellationsgericht erfolgte nachstehendes Rescript:

Frederik der Siebente &c.

In Untersuchungssachen wider die Inculpatin Dorothea Christine Catharina Kruse aus Schnellmark, wegen Verwandtenmordes,

wird dem Holsteinischen Obercriminalgerichte auf dessen Bericht vom 6. October d. J. unter Rücksendung der Acten hiedurch eröffnet:

daß,

in Erwägung, daß die am 10. September v. J. in der Entbindungsanstalt in Kiel von einer unehelichen Tochter entbundene Angeschuldigte, ihrem mit den ermittelten Umständen übereinstimmenden Geständnisse zufolge, am 24. desselb. Monats mit ihrem Kinde nach Wackendorf gefahren, von hieraus mit demselben über Cluvensieck am Canal entlang gegangen ist, hierauf sich in geringer Entfernung von Cluvensieck am Canal niedergesetzt hat, während sie dem Kinde darauf die Brust gegeben, auf den Gedanken gekommen ist, das Kind ins Wasser zu werfen, weil sie nicht im Stande gewesen, für dessen Unterhalt zu sorgen, und, nachdem sie eine kurze Strecke mit dem Kinde am Canal weiter gegangen war, das Kind in den Canal geworfen hat, wo dasselbe sofort untergegangen und erst am 5. October v. J. als Leiche herausgezogen ist;

daß das Kind der Angeschuldigten bei ihrer Entlassung aus der Entbindungsanstalt gesund gewesen ist, daß sie demselben nach der Aussage des Fuhrmanns Carstens, mit welchem sie bis Wackendorf gefahren ist, unterwegs mehrmals die Brust gereicht hat, daß sie, während sie das Kind am Canal gestillt, gefühlt, daß das Kind gesogen, gehört, wie dasselbe die Milch geschluckt, und in dem Augenblick, als sie das Kind ins Wasser geworfen, deutlich gesehen, wie es die Finger einer Hand bewegt hat;

daß die Inculpatin sich zur Zeit der That nicht in einem solchen Zustande befunden hat, daß an der Richtigkeit ihrer Wahrnehmungen gezweifelt werden könnte, und daß nach dem Gutachten der medicinischen Facultät in Kiel in dem Leichenbefunde nichts enthalten ist, was mit dem Geständniß der Angeschuldigten irgend in Widerspruch stände und zu Zweifeln an ihrer Glaubwürdigkeit berechtigte;

daß die verbrecherische That nicht in plötzlicher Aufregung verübt, dieselbe vielmehr aus dem Gedanken über die Last der Ernährung des Kindes hervorgegangen und, nachdem die Inculpatin gegen diesen Gedanken einige Zeit angekämpft hatte, von ihr ausgeführt worden, mithin das von ihr begangene Verbrechen als Verwandtenmord zu bezeichnen ist,

die Inculpatin Dorothea Christine Catharina Kruse aus Schnellmark wegen Verwandtenmordes mit dem Beile vom Leben zum Tode zu bringen ist und die Kosten der Untersuchung aus ihrem Nachlasse, so weit er dazu hinreicht, zu entnehmen sind.

Das solchergestalt abzufassende Straferkenntniß ist der Angeschuldigten zu publiciren, nach geschehener Publication aber derselben zu eröffnen, daß Se. Majestät der König zufolge Allerhöchster Resolution vom 10. December l. J. Sich bewogen gefunden habe, die wider sie beschlossene Todesstrafe aus Allerhöchster Gnade bis auf eine zehnjährige Zuchthausstrafe zu mildern.

Hiernach ist das Erforderliche zu verfügen.

Königliches Oberappellationsgericht zu Kiel, den 15. December 1852.

Brandstiftung jugendlicher Inculpaten.

Erster Fall.

Am ersten Pfingsttage, den 27. Mai v. J., brach in der Wohnung der Hufnerin Wittwe Absbahr zu Sülsen im Gute Neuhaus bald nach Mittag an der einen Seite des Dachs oberhalb der Häckselkammer ein Feuer aus, durch welches das Wohnhaus nebst dem größten Theil der darin befindlichen Effecten ein Raub der Flammen ward. Verschiedene Umstände erregten sofort den Verdacht der Brandstiftung gegen den Dienstjungen Carl Friedrich Schröder aus Bellien, er ward trotz seines Leugnens in Haft genommen und gestand noch am selbigen Tage gegen den Scheunvogt Strohbehn, das Haus angesteckt zu haben, weil er in Sülsen nicht habe sein mögen.

Der Inculpat ist am 21. December 1842 geboren, war mithin zur Zeit der That noch nicht völlig 12¼ Jahr alt. Seine Aeltern sind noch am Leben; sein Vater ist Decker und wohnt in Bellien im adel. Gute Lammershagen, er genießt eines guten Rufes und soll nach der Angabe des dortigen Gutsinspectors, der öffentlichen Meinung zufolge, den Inculpaten auch ziemlich strenge gehalten haben, wogegen man glaubt, daß die Mutter ihn etwas verzogen habe. Der Vater hat in Beziehung auf den Inculpaten nun ausgesagt, daß er bereits in früheren Jahren dadurch Besorgniß erregt, daß er im Schlafe häufig aufgefahren sei und irre geredet habe, so daß man ihn erst nach längerem Bemühen, worüber mitunter wohl eine Viertelstunde verflossen, zur Besinnung habe zurückbringen können. Diese Eigenthümlichkeit habe sich allerdings im Laufe der Jahre ziemlich verloren, eine gewisse Schüchternheit sei indessen dem Jungen noch immer eigen gewesen und diese habe sich besonders gezeigt, wenn man ihn gezüchtigt und ausgescholten oder auch nur hart angeredet, er habe sich dann immer so geberdet, als ob ihn die Besinnung verlasse. Im Hause sei Inculpat stets gehorsam gewesen und der Lehrer habe sich über sein Betragen in der Schule nie beschwert. Die Mutter bestätigt diese Angaben, sie bezeichnet sein Benehmen in solchen Fällen als eine eigenthümliche Art Launenhaftigkeit; er habe dann das Essen verschmäht, und seien seine Zufälle während des Schlafs auch gewöhnlich als Folge vorhergegangener Verweise und Züchtigungen oder anderweitiger Aufregung eingetreten.

Der Inste Lorenz, welcher mit dem Decker Schröder unter einem Dache wohnt, giebt an: Inculpat sei im häuslichen Verkehr und Umgange ein ganz ordentlicher und wohlerzogener Knabe gewesen, jedenfalls habe er nichts Nachtheiliges weiter über ihn gehört, als daß er bei fremden Leuten nicht aushalten könne und immer wieder ins älterliche Haus zurücktrachte.

Dieses bezieht sich nämlich darauf, daß der Inculpat bereits in seinem 10ten Jahre zu dem Hufner Wiese in Engelau als Gänsehirt gekommen ist, er jedoch eben so wenig dort, wie im folgenden Jahre bei dem Hufner Paustian in Seelent, hat aushalten können. Der Erstere hat in dieser Beziehung angegeben, er habe den älteren Bruder des Inculpaten zuerst gemiethet gehabt, und da dieser recht tüchtig in der Arbeit gewesen, so tüchtig, wie er noch keinen wieder gehabt, so habe er demselben gesagt, wenn sein Bruder Carl für ihn die Gänse hüten wolle, so könne er im Felde mitarbeiten. Inculpat sei darauf zu ihm gekommen, habe aber die Gänse nur ein paar Tage gehütet und sich darauf heimlich entfernt. Er sei von seiner Mutter wieder zurückgebracht, aber kurz darauf zum zweiten Male fortgelaufen, weil er, wie er geäußert, in Engelau nicht sein könne und möge. Der Hufner Wiese habe darauf zu seinem Bruder gesagt, ob Inculpat, wenn er in Bellien ankomme, von den Aeltern aufgenommen werde oder Prügel erhalte, worauf Jener erwidert: Schläge erhalte sein Bruder wohl nicht, weil er dann leicht den Anfall bekomme. Wiese habe erklärt, er wolle ihn dann nicht in Dienst haben, im Uebrigen könne er nicht über den Inculpaten klagen.

Bei dem Hufner Paustian in Seelent hat Inculpat sich so unverholen über seine Unlust, dort zu sein, ausgesprochen, daß dieser ihn fortgeschickt; sonst hat er sich dort nichts zu Schulden kommen lassen.

Wegen des Fortlaufens aus Engelau scheint Inculpat einmal Schläge bekommen zu haben, oder doch ernstlich bedroht zu sein; es hat dies jedoch weiter keinen Eindruck auf ihn gemacht, als daß er eine Zeitlang noch scheuer und schweigsamer, als sonst, war.

(Die Fortsetzung folgt.)

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

5. Stück. Den 4. Februar 1856.

Entscheidungen.

Ueber die Verbindlichkeit des Besitzers einer Erbschaft zur Herausgabe derselben nach Inventar oder eidlicher Specification.

In Sachen der Wittwe des Hufners Claus Hinrich Steenbock zu Oering, adel. Gutes Borstel, c. cur., Beklagten und Reconvenientin, jetzt Appellantin, wider die Ehefrau Catharina Margaretha Möller c. c. mar. daselbst, Klägerin und Reconventin, jetzt Appellatin, wegen beanspruchter Auslieferung des Nachlasses des des. Hufners Claus Hinrich Steenbock in convent. und Auszahlung eines Legats von 1000 ℔ u. s. w. in reconventione, jetzt gegen das Erkenntniß des Borsteler Justitiariats vom 17./25. Januar d. J.,

ergeben die Acten:

Der am 25. October 1851 mit Tode abgegangene Hufner Claus Hinrich Steenbock zu Oering hatte mittelst Testaments vom 5. October 1850 die rubricirte Klägerin, seine Tochter erster Ehe, zur Universalerbin ernannt, und seiner eventuellen Wittwe, der rubricirten Beklagten, ein von seiner Hufe zu beziehendes lebenslängliches Altentheil, so wie ein Legat von 1000 ℔ Cour., mit der näheren Bestimmung vermacht, daß, falls die Auszahlung des Capitals nicht gleich nach seinem Absterben sollte geschehen können, dasselbe mit 4 pCt. verzinst werden solle.

In einem Additamente zu diesem Testamente vom 25. November 1850 ändert Testator die Verfügung, daß seine Wittwe nach seinem Tode gleich die Hufe abgeben und den Altentheil beziehen solle, dahin ab, daß sie, so lange es ihr gefalle, im vollen Besitze und Genusse der Hufenstelle mit Zubehör und Inventar, imgleichen des gesammten Mobiliars, Haus- und Küchengeräths, verbleiben möge, ohne ein Inventar oder eidliche Specification oder irgend eine Rechenschaft über ihre Bewirthschaftung schuldig zu sein. Im Uebrigen sollte es, nur noch mit einigen hier nicht interessirenden Modificationen hinsichtlich der Succession in die Hufe bei dem Testamente vom 5. October 1850 sein Bewenden behalten.

Gestützt auf diese letztwilligen Verfügungen hat nun die Ehefrau Möller, nach vereitelter Mandatsprocedur, in ordinario wider ihre Stiefmutter, die Wittwe Steenbock, beim Borsteler Justitiariate Klage erhoben, sich auf ihr testamentarisches Universalerbrecht berufen und unter dem Anführen, daß die Beklagte seit dem Tode des Erblassers fortwährend im factischen Besitze des gesammten Nachlasses verblieben sei, beantragt, daß Beklagte verurtheilt werde, die in dem Nachlasse vorhanden gewesenen Baarschaften, Gelddocumente und Kleidungsstücke des defuncti, insbesondere auch dessen silberne Uhr und einen mit Silber beschlagenen Meerschaumpfeifenkopf, nach Maaßgabe eines zu edirenden eidlichen Inventars, an die Klägerin herauszugeben.

Beklagte entgegnete im Wesentlichen: Es sei gegründet, daß sie in Folge der letztwilligen Verfügung ihres weil. Ehemannes vom 25. November 1850 seit dessen Tode auf dessen Hufenstelle verblieben sei und dieselbe bewohnt und bewirthschaftet habe, bestreiten aber müsse sie es, Baarschaften oder Gelddocumente, die zum Nachlaß des des. gehörten, zu besitzen. Zu dem Nachlasse könne sie nämlich nicht rechnen eine Obligation des Webers Finnern in Seth an den des. vom 19. October 1843, groß 50 ℛ︎, eine Forderung des des. an den Mühlenpächter Holst in Borstel, groß 100 ℛ︎, weil der Erblasser ihr diese Forderungsposte bei seinen Lebzeiten geschenkt habe, eben so wenig eine Baarschaft von 407 ℔ 6 ß, welche des. ihr ebenfalls mit warmer Hand geschenkt. Ueber den Betrag des beim Ableben des Erblassers vorhanden gewesenen Wirthschaftsgeldes vermöge sie keine genaue Auskunft mehr zu geben, jedenfalls werde dasselbe völlig absorbirt durch folgende von ihr aus eigener Casse berichtigte Pöste, nämlich:

1) eine Rechnung des Dr. Happe in Oldesloe, groß 52 ℔. 8 ß,
2) eine Rechnung des Rademachers Tegen in Oering, groß 3 ℔. 10 ß,
3) eine Rechnung des Schmied Hagelstein daselbst, groß 24 ℔. 2 ß,
4) die um Weihnachten 1851 berichtigten Abgaben, betragend 679 ℔. 8 ß,
5) den am 1. November 1851 fällig gewordenen Dienstbotenlohn.

Hinsichtlich der letzteren beiden Pöste werde **pro rata temporis** eine Auseinandersetzung stattfinden und der bis zum Todestage erwachsene Betrag der Erbmasse zur Last gelegt werden müssen.

Die werthlosen Alltagskleider des **def.** habe sie verschenkt, die Sonntagskleider desselben nebst der silbernen Uhr sei sie erbötig, an die Klägerin herauszugeben, die Pfeife mit Silberbeschlag habe sie im Nachlaßhause nicht vorgefunden.

Da sie hienach weder Gelder, noch Werthpapiere besitze, die zur Erbmasse gehörten, so könne sie auch kein Inventar über solche ediren. Außerdem aber bestreite sie die Verpflichtung zur Edirung eines eidlichen Inventars aus dem Grunde, weil das Verlangen des Manifestationseides immer den Vorwurf des **dolus** involvire, wie dies aus **l.** 22 § 5 **C.** 6. 30 hervorgehe, ein solcher Vorwurf aber der Pietätspflicht der Klägerin gegen ihre Stiefmutter widerstreite. Es müsse in dieser Hinsicht dasselbe hier gelten, was in **l.** 7 § 2 **D.** 37. 15 in Betreff der Unzulässigkeit eines von Kindern ihren Aeltern gegenüber geforderten Calumnieneides verordnet sei.

Mit der Bitte um Abweisung der Klägerin verband Beklagte den Reconventionalantrag, daß dieselbe verurtheilt werde, ihr

1) das im Testamente vom 5. October 1850 angeordnete Legat von 1000 ℔. auszuzahlen, und

2) die der Beklagten an ihrer statutarischen Erbportion noch fehlende Summe, deren nähere Ermittelung vorbehältlich, ihr auszukehren. Es gebühre nämlich nach dem Gewohnheitsrechte dortiger Gegend der nachlebenden Wittwe der 4te Theil der sämmtlichen Capitalien, Mobilien ꝛc. und von dem Immobile entweder ein angemessener Altentheil oder ebenfalls der 4te Theil des Werthes. Nun seien der Klägerin vom **defuncto**, als er zu kränkeln angefangen, Obligationen zum Gesammtwerthe von 6500 ℔. in Verwahrung gegeben worden, wovon der ihr, der Reconvenientin, beikommende 4te Theil 1625 ℔. betrage. Sie sei aber außer dem Altentheile nur bedacht mit 1000 ℔. und müsse es auf eine event. vorzunehmende Schätzung durch beeidigte Taxatoren ankommen lassen, wie hoch das ihr eingeräumte Recht, die Hufe, so lange sie sich dazu kräftig fühle, für eigene Rechnung zu bewirthschaften, veranschlagt werden könne.

Bei der mündlichen Verhandlung emendirte Beklagte die Exceptionalanführung hinsichtlich der um Weihnachten 1851 bezahlten Abgaben dahin, daß selbige nur für ½ Jahr damals von ihr entrichtet seien, wonach sich die Rate der Erbmasse etwas verringere.

Replicando wurde die von der Beklagten behauptete Schenkung der Forderungspöste von 50 ℳ und 100 ℳ, so wie einer Baarschaft von 407 ℔. 6 ß, in Abrede gestellt, und in Betreff der ausweichenden Erklärung der Beklagten, daß sie nicht mehr wisse, wie viel von ihrem sogenannten Wirthschaftsgeld sie vorgefunden, bessere Einlassung verlangt. Den Compensationsansprüchen der Beklagten ist allgemeiner Widerspruch unter Hinweisung auf die nicht einmal angegebene Summe des bezahlten Dienstlohnes und auf den Umstand, daß die Beklagte die ganze Ernte in Händen behalten, entgegengesetzt, hervorgehoben, daß nach dem J. R. A. nur gewisse hochgestellte Personen vom Calumnieneide befreit sein sollten und daß Beklagte sich durch ihre ausweichende Erklärung verdächtig gemacht habe. Endlich ist in Beziehung auf die Reconvention behauptet, daß Klägerin die Werthpapiere zum Betrage von angeblich 6500 ℔., **rectius** 6400 ℔. Cour. vom **defuncto** bei Lebzeiten desselben geschenkt erhalten habe, dieselben demnach nicht zur Erbschaft gehörten. Als Erbin habe sie noch nichts empfangen, sondern gewärtige erst die eingeklagte Auskehrung der Capitalien, Forderungspöste, Kleider ꝛc. von der Beklagten. Da nach Bestimmung des Sachsenspiegels 1 Art. 6 der Erbe im Gebiete des Sachsenrechtes nur bis zum Belauf der Erbmasse hafte, so könne hinsichtlich der geforderten 1000 ℔. zur Zeit noch gar keine Verurtheilung erfolgen, und der Forderung **ad supplendam portionem statuariam** stehe entgegen, daß die Reconvenientin die letztwilligen Verfügungen des Erblassers bereits ohne allen Vorbehalt anerkannt, überdies habe sie gewohnheitsrechtlich nur einen Altentheil zu beanspruchen, und wird beantragt, daß Beklagte mit dem Reconventionalantrage hinsichtlich der 1000 ℔. Legatengeld zur Zeit, im Uebrigen gänzlich abgewiesen werde.

Duplicando ist die Schenkung der 6500 ℔., event. 6400 ℔., in Abrede gestellt und desfälliger Beweis gewärtigt, ferner bestritten, daß Reconvenientin durch Anerkennung der letztwilligen Verfügungen oder sonst auf ihre volle statutarische Erbportion irgend Verzicht geleistet habe.

(Der Beschluß folgt.)

Criminalfall.

Brandstiftung jugendlicher Inculpaten.

(Fortsetzung.)

Der Schullehrer Evers in Bellien hat sich über den Inculpaten in einer Weise ausgesprochen, die mit dem übrigen Inhalt der Acten nicht in Einklang zu bringen ist und eine schroffe, beinahe gereizte Auffassung verräth. Darnach hat Inculpat in den letzten 2 Jahren im Winter fast regelmäßig die Schule besucht und bei seinen guten Anlagen zu den bessern Schülern der Oberclasse gehört. Durch seine mitunter sehr guten Antworten habe er bewiesen, daß er sich an ein geregeltes Denken gewöhnt und bei mehr Aufmerksamkeit und Fleiß würden seine Fortschritte gut gewesen sein, während sie jetzt nur mäßig geblieben. Inculpat habe nämlich ein schlechtes Gemüth, und Gefühl und Wille seien schwer, ja in den meisten Fällen gar nicht bei ihm zu erregen, geschweige denn zu leiten gewesen. Nur mit der größten Strenge bei der sorgfältigsten Beobachtung habe er selbst während der Unterrichtsstunden vor Ausbrüchen seiner rohen Unarten bewahrt werden können. Ermahnungen und Drohungen hätten beinahe nichts bei diesem überaus flüchtigen und wilden Knaben gefruchtet, der sein Herz verstockt habe. Nach diesen Prädicaten, die ihm als Schüler gegeben werden müßten, könne man wohl einen ungefähren Schluß auf seine häusliche Erziehung machen; obgleich der Vater ein recht vernünftiger Mann zu sein scheine.

Die Aeltern des Inculpaten sind über dieses Urtheil des Schullehrers sehr erstaunt gewesen, da er nie sich gegen sie beschwert, und Inculpat stets seine Aufgaben gelernt habe. Der Inculpat hat erklärt, überall nicht bemerkt zu haben, daß der Schullehrer mit ihm mehr unzufrieden, als mit andern Knaben, gewesen sei.

Am Sonntag, den 13. April v. J., ist Inculpat nun wiederum zu Ahsbahr's in Dienst gekommen, die eines guten Rufes als ordentliche Leute genießen. Das Dorf Pülsen liegt an dem Ufer des Seelenter See's, dem Geburtsort des Inculpaten, Bellien, beinahe gerade gegenüber, und der Vollknecht, so wie die Köchin, die Geschwister Claus und Christine Lorentz, waren aus Bellien gebürtig, und insbesondere die letztere, die erst 15 Jahre alt, war mit dem Inculpaten, wenn auch nicht genauer, bekannt. Beide scheinen freundlich gegen ihn gesinnt gewesen zu sein, und die Köchin sagt auch noch nach dem Brande, wo sie und ihr Bruder durch seine Schuld alles Ihrige verloren hatten, aus, daß sie nie gehört habe, daß Klagen über ihn geführt seien. Auch die Ahsbahr's sind offenbar besonders freundlich gegen den Inculpaten gewesen, der Sohn giebt ihm das Zeugniß, daß er bei der Arbeit munter und anstellig gewesen sei und die Knechte ihn belobt hätten. Die ersten beiden Tage mochte Inculpat nach seiner Angabe auch dort schon sein, am dritten aber nicht mehr, weil er da allein auf der Koppel Steine sammeln mußte. Er ist dort auch weinend betroffen worden und hat als Grund angegeben, daß er nicht in Pülsen sein möge. Als der Halbknecht Eller ihn befragte, ob er das dem Bauern sagen solle, hat er mit „ja" geantwortet. Am 4ten Tage seines Dienstes, dem Himmelfahrtstage, besuchte Inculpat darauf seine Aeltern und machte schon damals seiner Angabe nach den Versuch, sein Fortgehen von Ahsbahr's einzuleiten. Er giebt nämlich an: „Himmelfahrt, wie ich zu Hause war, empfing mich meine Mutter mit den Worten: „hast Du schon wieder ausgedient?" und ich antwortete: „ja" und sagte sie da: „das weiß auch der liebe Gott, so hättest Du Dein Zeug nur gleich mitbringen sollen." Ich sagte da zu meiner Mutter, daß sie es holen möchte. Ich antwortete derselben mit „ja", weil ich hoffte, daß meine Aeltern mich zu Hause behalten würden. Mein Vater war, als ich anlangte, nicht zu Hause, und wie er nach Hause kam, fragte er mich: „bist Du schon wieder da?" ich antwortete: „ja", und fragte er mich: „zum Besuch oder zum „Hierbleiben?" Ich gab ihm keine Antwort und sagte da meine Halbschwester ihm das, was ich zu meiner Mutter gesagt hatte. Mein Vater sagte mir darauf: „das geht nicht, Du mußt wieder hin." Nach Tische forderte er mich wieder auf, nach Pülsen zu gehen und sagte dabei, wenn ich es nicht wolle, so wolle er mich wohl hinkriegen. Ich mochte in Pülsen nicht sein, weil ich da nicht Bescheid wußte, weil ich da ganz fremd war, der Knecht und dessen Schwester, besonders die letztere, war mir bekannt von Bellien her, wo sie zu Hause gehören, aber das war mir nicht genug, ich wollte gerne bei meinen Aeltern sein."

Da die Aeltern des Inculpaten dieser Darstellung widersprachen, so hat eine Confrontation stattgefunden, in welcher Inculpat die Thatsache, daß er seiner Mutter auf die Frage, ob er schon wieder ausgedient, mit „ja" geantwortet, festhielt und diese auch die Möglichkeit einer solchen Antwort zugab, während beide darin übereinstimmten, daß von dem Holen des Zeugs erst am folgenden Sonntag die Rede gewesen sei und Inculpat am Himmelfahrtstage später gesagt, er sei nur zum Besuch da und solle am Abend zurückkehren. Der Vater gab ferner zu, daß er wohl bemerkt habe, daß sein Sohn nicht in Pülsen sein möge, und daß er wohl etwas Aehnliches, als daß er ihn wieder hinbringen wolle, geäußert haben könne; am Abend sei Inculpat aber ganz munter wieder fortge-

gangen. Inculpat hat das letztere auch nicht geleugnet und geht aus dem Ganzen deutlich genug hervor, daß er wohl einen schwachen Versuch gemacht hat, in Bellien zu bleiben, daß aber die Aufnahme seiner desfälligen Aeußerungen nicht der Art war, um ihn zu ermuntern.

Inculpat versuchte es nun auf andere Weise. Das 12jährige Mädchen Maria Haß, das gleichfalls bei Absbahrs diente, sagt aus: „In der ersten Woche seines Dienstes mußte Schröder mit mir im Felde Steine sammeln und sagte er darauf einmal zu mir, er wolle sich aufhängen, wenn es nicht Mittags wäre, so wolle er es Abends thun; und wie ich ihn fragte, warum er das wolle, sagte er, weil er in Pulsen nicht sein möchte und weil sein Vater ihn todtschlagen würde, wenn er aus dem Dienst laufe. Bei meiner Zuhausekunft erzählte ich dies und daß Schröder mir einen Band, den er in der Tasche hatte und mit dem er sich aufhängen wollte, gezeigt habe, dem jungen Absbahr. — Ich habe mich mit Schröder ganz gut vertragen und ihm nie unfreundliche Worte gegeben, nur wie er mir das gesagt hatte, daß er sich aufhängen wolle und das Steinesammeln unterließ, forderte ich ihn auf, damit fleißig fortzufahren, und setzte hinzu, daß ich ihn sonst schlagen würde, wobei ich einen dort liegenden Stock ergriff, den ich aber gleich wieder fortwarf."

Der Inculpat räumte ein, diese Aeußerungen gethan zu haben, aber nicht im Ernst, sondern weil er gerne weg und nach Hause habe wollen. Er erreichte auch seinen Zweck, denn die Wittwe Absbahr und ihr Sohn beschlossen, ihn nach Hause zu schicken. Um Unheil zu verhüten, ward ihm dieses sogleich mitgetheilt und er am Sonnabend, den 12. Mai, mit dem Knecht Lorenz nach Bellien geschickt. Am folgenden Tage kehrte er jedoch zurück, und der Knecht brachte die Bestellung mit, sein Vater habe gesagt, daß es mit dem Aufhängen des Inculpaten nichts zu sagen habe und er dafür herkommen wolle, daß sein Sohn sich schon zufrieden geben werde, und daß er selbst Pfingsten nachkommen wolle.

Der Vater des Inculpaten hatte ihm nämlich für seine unnützen Aeußerungen in Betreff des Aufhängens einige Schläge zukommen lassen und die Mutter hatte Ermahnungen, daß er ein gutes Kind sein möge, sowie das Versprechen hinzugefügt, daß sein Vater ihm Pfingsten eine neue Hose und neue Schuhe mitbringen solle. Aeußerlich ging es auch nach seiner Rückkehr besser, aber Inculpat hatte die Hoffnung, fortzukommen, doch nicht aufzugeben, er sagt: „ich grübelte nun darüber nach, wie ich es wohl anfangen könnte, um aus meinem Dienste zu kommen, und kam ich da auf den Gedanken, das Haus anzustecken, indem ich hoffte, dann gewiß weg und aus dem Dienst zu kommen. Dies war am Freitag (den 25. Mai) und steckte ich einen Reibschwefelsticken zu mir, den ich von denjenigen nahm, welche in der Stube vor dem Fenster lagen. Ich konnte meinen Versuch am Freitag und Sonnabend nicht ausführen, weil ich nicht allein war."

Während der Inculpat so mit dem Werkzeug der Brandstiftung in der Tasche nur auf den günstigen Moment der Ausführung lauerte, kam sein Vater am Sonnabend und brachte ihm seine neuen Sachen, schenkte ihm auch einen Doppelschilling, um ihn etwas aufzumuntern. Inculpat klagte nicht und bat auch nicht, ihn mitzunehmen, erschien aber dem Vater bei dessem Weggehen etwas traurig, was derselbe jedoch natürlich fand.

Auch die Wittwe Absbahr gab sich alle mögliche Mühe mit ihm. Ihre Aussage darüber lautet folgendermaaßen: „Ich darf behaupten, daß ich den Schröder aufs Beste behandelt habe, so als wäre er mein eigenes Kind. Ich redete ihm zu und gab ihm noch am Abend vor Pfingsten etwas Essen, welches mein Sohn übrig gelassen hatte, indem ich zu ihm sagte, er möchte das aufessen, mich freundlich anlachen, als wenn ich seine eigene Mutter wäre, und sich die Gedanken an Bellien aus dem Sinne schlagen, damit seine Aeltern Freude an ihm erlebten. Er erwiderte hierauf nichts. Auch früher habe ich ihm in ähnlicher Weise zugeredet, indem ich wünschte, ihm sein Heimweh zu benehmen, da er übrigens ein netter, anständiger Junge war. Seine Antworten waren in solchen Fällen, wenn er überhaupt welche gab, ganz kurz. Ich lobte ihn auch stets, wenn er eine Arbeit verrichtet hatte, und meine Kinder, sowie meine übrigen Leute, waren auch immer freundlich gegen ihn, ich habe wenigstens nicht davon gehört, daß ihm Jemand etwas zu Leide gethan, nur hat mein Sohn ihn, weil er auf das Scheundach nach dem Storchnest geklettert war, etwas am Ohr gezupft, und ihm dergleichen für die Zukunft ernstlich verboten." Aehnlich spricht sich dieser Sohn über den Inculpaten aus, und der Inculpat selbst leugnet auch nicht, daß er freundlich behandelt sei, nur mit dem Halbknecht Eller scheint er nicht ganz besonders gestanden zu haben, und es hat derselbe ihm einmal ein paar Schläge an den Kopf gegeben, was jedoch nach des Inculpaten eigenem Einräumen so gar schlimm nicht gewesen ist.

(Die Fortsetzung folgt.)

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

6. Stück. Den 11. Februar 1856.

Entscheidungen.

Ueber die Verbindlichkeit des Besitzers einer Erbschaft zur Herausgabe derselben nach Inventar oder eidlicher Specification.

(Beschluß.)

Das Justitiariat hat unterm 17./25. Januar d. J. erkannt: *)

in conventione:
daß Beklagte unter Vorbehalt des Abzugs der ihr legirten 1000 ℔ schuldig, die von ihrem verstorbenen Ehemanne nachgelassene Baar-

---

*) Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß der auf die letztwilligen Dispositionen des Erblassers vom 5. October und 25. November 1850 gestützte klägerische Anspruch ratione objecti an sich unstreitig ist, die Klägerin auch die Herausgabe der Erbschaftsstücke nach einem Inventar oder nach eidlicher Specification zu verlangen als berechtigt erscheint, weil die Beklagte alles dasjenige, was, außer den ihr testamentarisch zugewandten Gegenständen, von dem Nachlasse des Erblassers in ihrem Besitze verblieben ist, an die Klägerin als ausschließliche Erbin auszukehren hat, diese Auslieferung aber in ihrem gehörigen Umfange durch eine richtige und daher auf Verlangen der Klägerin zu beeidigende Angabe bedingt wird, und daß die Beklagte einer solchen Angabe weder als Miterbin auf die statutarische Quart, noch wegen ihres persönlichen Verhältnisses zu der Klägerin sich entziehen kann, indem auch der im Besitze der Erbschaft verbliebene Miterbe zur Exhibirung eines Inventars verpflichtet ist und diese Verpflichtung an sich nicht von dolus oder culpa abhängt, sondern in dem Besitz- und Zustandsverhältnisse rücksichtlich der Verlassenschaft und der factischen Dispositionsfähigkeit über fremdes Gut ihren Grund hat, weshalb die Bestimmungen des Römischen Rechts über den Calumnieneid hier nicht in Bezug genommen werden können;

in fernerer Erwägung, daß die Beklagte den Besitz der Sonntagskleider des Erblassers und seiner silbernen Uhr eingeräumt und sich zur Herausgabe dieser Gegenstände bereit erklärt hat, daß sie nicht minder die Sonntagskleider, event. deren Werth, auszuliefern haben wird, da ihr an diesen Nachlaßstücken in keiner Beziehung ein Dispositionsrecht zustehen konnte, und daß, wenn die Beklagte es verabsäumte, den Bestand der im Nachlasse sich befundenen Baarschaften aufzunehmen und sie deshalb aus eigener Schuld den derartigen Betrag nicht genau angeben kann, daraus ihre Befreiung von der eidlichen Specification sich nicht folgern läßt und in Ermangelung derselben zur desfälligen Ermittelung der Klägerin event. der Schätzungseid zustehen wird, so wie, daß die Behauptung der Beklagten, es seien die Wirthschaftsgelder durch die Spho 3 des Exceptionalrecesses von ihr namhaft gemachten, angeblich aus eigenen Mitteln bestrittenen Pöste mehr als consumiret, keine Beachtung finden kann, theils, weil diese Pöste zu allgemein und unbestimmt hingestellt sind, indem hinsichtlich der Pöste 1, 2 und 3 nicht angegeben ist, wen die Rechnungen betroffen haben, bei dem Posten sub 5 auch die Angabe der Summe fehlt, theils wegen Mangels eines Forderungsgrundes, was von dem Posten sub 4 in so fern gilt, als dem Nutznießer die Abhaltung der Abgaben und Lasten obliegt und hier die Rechtsregel zutrifft: „quem commoda sequuntur, eum et sequuntur incommoda", weshalb denn die bezüglichen vermeintlichen Gegenforderungen der Beklagten sub 1—5 derselben lediglich vorzubehalten sind;

in weiterer Erwägung, daß selbstverständlich die Angabe und Herausgabe des Nachlasses Gegenstände nicht berühren kann, welche bei Lebzeiten des Erblassers der Beklagten zugewandt worden und daher nicht zu seinem Nachlasse gerechnet werden können, in welcher Beziehung die Obligation des Webers Finnern auf 50 ℛ, der Schuldschein des Müllers Holst auf 100 ℛ und eine Baarschaft von 407 ℔ 6 β als zur Verlassenschaft gehörig nicht zu betrachten sind, wenn die von der Klägerin bestrittene Behauptung der Beklagten, daß diese resp. Schulddocumente und Geld-

schaft, Gelddocumente, Kleidungsstücke, silberne Taschenuhr und Meerschaumpfeifenkopf mit Silberbeschlag, nach einer von ihr auf Verlangen eidlich zu bestätigenden Specification, innerhalb Ordnungsfrist an die Klägerin auszuliefern, daß dabei indeß der Beklagten freizulassen, binnen derselben Frist rechtlicher Art nach zu beweisen:

daß die in ihrem Besitze befindliche Schuldverschreibung des Webers Johann Finnern in Seth auf 50 ℳ und die Schuldforderung an den Mühlenpächter Holst zu Vorstel auf 100 ℳ, so wie 407 ℛ 6 β baares Geld ihr von ihrem verstorbenen Ehemanne schenkungsweise gegeben worden,

nach welchem geführten oder nicht geführten Beweise, Gegenbeweis und Eide vorbehältlich, über die Auslieferung der die gedachten beiden Ausstände betreffenden Documente und der 407 ℛ 6 β Baarschaft weiter ergehen wird, was den Rechten gemäß ist;

in reconventione:

daß die Beklagte und Reconvenientin mit dem Antrage auf Auszahlung des Legats von 1000 ℛ, deren Abzug jedoch vorbehältlich, noch zur Zeit, und mit der in Betreff ihrer statutarischen Erbportion erhobenen Reconvention angebrachtermaaßen nicht zu hören sei,

und zwar unter Compensation der bis dahin erwachsenen Kosten.

Gegen dieses Erkenntniß hat die Beklagte und Reconvenientin das Rechtsmittel der Appellation eingewendet, rite prosequirt und dahin gravaminirt:

I. quoad conventionem:

1) daß, wie geschehen, erkannt und Appellatin nicht vielmehr, wie diesseits gebeten, mit ihrem Antrage auf Herausgabe von Baarschaften u. s. w. nach eidlichem Inventar ab- und zur Ruhe verwiesen, event. daß nicht wenigstens zu diesem Zweck interloquirt worden ist; event.
2) daß nur, wie geschehen, die excipiendo geltend gemachte Schenkung der 50 ℳ, 100 ℳ und 407 ℛ 6 β zum Beweise verstellt und nicht auch in Betreff der insbesondere gegen die geforderte Auslieferung von Baarschaften opponir-

---

vorräthe ihr von dem Erblasser mit warmer Hand geschenkt und gegeben worden, zu erweisen sein wird, indem gegen die Gültigkeit dieser Schenkungen, deren Widerruf Seitens des Erblassers nicht behauptet worden, nichts Rechtserhebliches zu erinnern gefunden werden kann;

in Erwägung endlich, was die Reconvention anbetrifft,

1) daß der Anspruch der Beklagten und Reconvenientin auf die legirten 1000 ℛ unzweifelhaft zuzulassen ist, indem derselbe keineswegs davon abhängt, daß vorher von ihr ein aequivalenter Betrag der Erbschaft ausgekehret werde, da der Klägerin und Reconventin pure auferlegt ist, ihr die 1000 ℛ zu zahlen und die Bestimmung des Sachsenspiegels, daß der Erbe nicht ultra vires hereditatis hafte, durch die Vorschrift des Römischen Rechts verdrängt ist, daß der Erbe mit seinem eigenen Vermögen für Schulden und Vermächtnisse aufzukommen habe, in so fern von ihm die Erbschaft unbedingt angetreten worden, daß jedoch eine Verurtheilung der Reconventin zur Abzahlung der 1000 ℛ mit Rücksicht auf die ihr zustehenden Klagansprüche um so weniger sofort ausgesprochen werden kann, als es event. von dem Beweise der Seitens der Reconvenientin excipiendo behaupteten Schenkung über 150 ℛ, 300 ℛ und 407 ℛ 6 β abhängt, ob diese Pöste, die ohne solche Schenkung zur Nachlaßmasse gehören würden, der Reconventin herauszugeben sind, daher zur Zeit nur der Anspruch der Reconvenientin anzuerkennen und zur Compensation zuzulassen ist,
2) daß, wenn gleich dem überlebenden Ehegatten die portio statutaria nicht durch letztwillige Verfügung verkürzt werden darf, die Reconvenientin auch nicht etwa blos die Wahl hat, entweder das ihr letztwillig Zugewandte anzunehmen, oder auf die ihr gebührende Quart zu bestehen, sondern auch berechtigt sein muß, wenn die Quart nicht durch das Vermachte erfüllt wird, auf Ergänzung zu klagen, weshalb denn auch durch die Anerkennung der letztwilligen Dispositionen die suppletorische Klage nicht ausgeschlossen wird, vielmehr dadurch erst ihre Grundlage erhält, dennoch aber der auf das statutarische Erbrecht der überlebenden Wittwe gebaute Anspruch angebrachtermaaßen die gerichtliche Anerkennung nicht finden kann, weil es sowohl ganz dahin steht, ob die Reconvenientin aus den letztwilligen Dispositionen ihres verstorbenen Ehemannes mehr oder weniger als die bekommene Quart erhalten hat, als auch an der bestimmten Behauptung von Seiten der Reconvenientin fehlt, daß sie durch das ihr letztwillig Zugewandte ratione ihrer Quart lädiret sei, die bloße Möglichkeit ihrer Verkürzung aber zu einer Klage um so weniger berechtigt, als der eventuelle Antrag auf die Werthsermittlung durch beeidigte Taxatoren der Verhandlungsmaxime nicht conform erscheint, auch bei der positiven Begründung und Nachweisung des Anspruchs auf Ergänzung der Quart eine nähere Entscheidung darüber, ob und in wie weit die § 5 des Exceptionalrecesses erwähnten, der Klägerin von dem Erblasser bei dessen Lebzeit übergebenen Documente auf den Betrag von 6500 ℛ bei der Berechnung der Quart in computum zu bringen, wird herbeigeführt werden müssen.

ten Einrede der von der Appellantin für die Erbmasse ihres def. Ehemannes beschafften Schulden-, Abgaben- und Dienstlohns-Zahlungen den Acten und Rechten nach interloquirt, sondern diese Einrede geschehenermaaßen gänzlich enthört worden ist;

II. quoad reconventionem:

1) daß Appellantin mit ihrem Antrage auf Ausbezahlung des Legats von 1000 ℔ zur Zeit — blos den Abzug desselben vorbehältlich — abgewiesen und Appellatin nicht vielmehr schuldig erkannt worden ist, diese 1000 ℔ binnen Ordnungsfrist an sie zu zahlen;
2) daß Appellantin mit der wegen ihrer statutarischen Erbportion erhobenen Reconvention angebrachtermaaßen abgewiesen und nicht vielmehr dem betreffenden Reconventionalpetito gemäß, event. nicht auf demselben und den darüber verhandelten Acten entsprechenden Beweis erkannt ist.

Es steht demnach in Frage, ob und wie weit diese Beschwerden begründet seien.

In Erwägung nun, **quoad grav. I. in conventione**, daß vindicatorische Klagen nur ausnahmsweise auf ein **incertum** gerichtet werden dürfen, **cf. l. 76, § 1 D. 6. 1**, und daß in den Römischen Rechtsquellen in dieser Hinsicht als vermittelnd demjenigen, welcher einen vindicatorischen Anspruch zu bescheinigen vermöchte, die präparatorische **actio ad exhibendum** gewährt worden war, **cf. l. 1, l. 3, § 3 D. 10. 4**, daß, wie es scheint, an dieses Rechtsinstitut anknüpfend, zunächst in der Sächsischen, dann allgemeiner in der Deutschen gemeinen Rechtspraxis angenommen ward, daß derjenige, welcher eine **universitas juris aut facti** herauszugeben habe, dies nach Maaßgabe einer von ihm zu edirenden und auf Verlangen zu beeidigenden Specification zu thun verpflichtet sei;*)

in Erwägung, daß in der vaterländischen Gerichtspraxis dieser Rechtssatz jedenfalls in so weit unzweifelhaften Eingang gefunden hat, als nach derselben Miterben, welche die Detention des Nachlasses oder Gelegenheit zur Disposition über denselben gehabt haben, stets zur Edition eines eidlichen Inventars auf Anfordern schuldig erachtet worden sind;

in Erwägung, daß diese Voraussetzungen im vorliegenden Falle gegeben sind, indem die Beklagte in dem Sterbehause verblieben ist und den Nachlaß des Claus Hinrich Steenbock unter Händen behalten hat, dieselbe auch unter Berufung auf die Verordnung vom 15. Juni 1742 statutarisches Erbrecht in Anspruch nimmt; sowie

in Erwägung, daß der Inventarieneid an weitere Bedingungen nicht geknüpft ist, namentlich auch die Bedingungen des durch die Verordnung vom 11. December 1758, § 4, gänzlich abgeschafften und schon darum mit dem, **toto die** vorkommenden Inventarieneide, keineswegs zu parallelisirenden Calumnieneides nicht willkührlich auf jenen übertragen werden können, welchem nach der Antrag der Klägerin auf Herausgabe der auf sie vererbten Baarschaften ꝛc. nach einem zu edirenden eidlichen Inventare sowohl begründet als liquide war, und nur in sofern auf Grund der ersten Beschwerde eine geringfügige Modification erforderlich

---

*) Es wird dies für das Verhältniß der Hereditatis petitio namentlich von Stryk in seinem Usus mod. Pandect. Lib. V. Tit. 3 § 5 bezeugt, welcher, nachdem er unter Berufung auf die l. 4 C. de edendo bemerkt hat, daß nach Justinianischem Recht der Klager in der Hereditatis petitio den Beweis seiner Ansprüche zu führen habe und nicht von dem Beklagten die Mittel zur Begründung verlangen könne, fortfährt: „In foro autem receptum, ut si quis petitione hereditatis experiatur, mox editionem inventarii vel juratæ specificationis petat, ad quam possessor hereditatis postea condemnatur.“ Er glaubt diese Praxis freilich noch mit dem gemeinen Recht in Einklang bringen zu können, wenn es sich um ein von dem Besitzer der Erbschaft schon vor der Litiscontestation errichtetes Inventar handle, da dies gewissermaaßen als gemeinschaftliches Document zu betrachten sei und auch die Billigkeit für dessen Edirung spreche. Daß aber der Erbschaftsbesitzer, welcher kein Inventar errichtet habe, in der Hered. petitio zur Errichtung desselben angehalten werden könne, beruhe lediglich auf der Praxis: „Nam nec ad illud solenne inventarii beneficium in l. 22 C. de jure delib. quis invitus compellitur, immo et ipsæ bonorum specificationes juratæ praxi Germaniæ, præcipue autem Saxoniæ, originem debent.“ Daß die eidliche Specification nach einer allgemeinen Deutschen Praxis, welche aus der Sächsischen Gerichtspraxis hervorgegangen sei, die Stelle eines solennen (entweder gerichtlich oder vor Notar und Zeugen errichteten) Inventars vertrete, bestätigt Leyser in seinen Medit. ad Pand. V. Spec. 365.

Auch im Vaterland ist die in Rede stehende Praxis der Anwendung des Inventars oder eidlicher Specification in erbschaftlichen Verhältnissen alt, wie dies unter Anderm aus der im Jahr 1699 unter dem Titel: „Vollständiges Inventarium“ erschienenen Schrift von Fuchs zu ersehen ist, und in einer Reihe von Entscheidungen des Holsteinischen Obergerichts anerkannt.

Schl. H. Anz. 1841, S. 245; 1845, S. 273; 1854, S. 67.

In allen diesen Fällen ist aber auch die Anfertigung einer auf Verlangen zu beeidigenden Specification für genügend erachtet worden, welche nur bisweilen mit dem Namen eines Inventars bezeichnet worden ist, welcher besser für die gerichtliche oder notarielle Aufzeichnung einer Vermögensmasse reservirt bleibt.

erscheint, als die Beklagte zwar zur Herausgabe der Kleider des **defuncti** und der silbernen Taschenuhr desselben sofort hat verurtheilt werden können, weil sie zu deren Besitze sich bekannt hat, nicht aber zur Herausgabe des Pfeifenkopfes mit Silberbeschlag, welchen sie in dem Nachlasse nicht vorgefunden zu haben behauptet und hinsichtlich dessen also die Herausgabe von dem Ausfalle des zu edirenden eidlichen Inventars abhängig bleiben muß;

in Erwägung, **quoad grav. 2 in conventione,** daß von der Klägerin auf Berücksichtigung der beim Tode des Erblassers vorhanden gewesenen Ernte und Wirthschaftsvorräthe in dem aufzunehmenden Inventare und Auskehrung eines Antheils daran kein Anspruch gemacht worden ist, die Beklagte daher die Deckung der **pro** 1851 gehabten Wirthschaftsunkosten in der ihr überlassenen Ernte bereits erhalten, indem ein eingeräumter Fruchtgenuß sich nur unter Uebernahme der auf die Gewinnung und Perception der Früchte zu verwendenden Unkosten versteht, daß demnach die Beklagte durch den vom **judicio a quo** ausgesprochenen Vorbehalt dieser Pöste, welchem, wenn er auch nur in der Motivirung des Erkenntnisses steht, doch der Effect, daß die Uebergehung in den Dispositivworten des Erkenntnisses nicht als eine stillschweigende Anerkennung gedeutet werden könne, nicht abzusprechen ist, durchaus nicht prägravirt erscheint;

in Erwägung, daß von den fraglichen im § 3 der Exceptionsschrift enthaltenen und hievor speciell aufgeführten 5 Pösten nur der erste, betreffend 52 ℔ 8 ß Arztlohn, in die Categorie der Wirthschafskosten nicht gehört, dieser Posten aber aus dem Grunde ebenfalls nur zur anderweitigen eventuellen Geltendmachung hat vorbehalten werden können, weil es in angebrachter Weise nicht ersichtlich, für wen und wann diese Kostenrechnung erwachsen ist;

in Erwägung, **quoad grav. I. in reconventione,** daß zwar die Berufung auf die Bestimmung des Sachsenspiegels, Buch **I.** Art. 6, nicht genügen würde, um der Forderung auf die 1000 ℔ Cour. Legatengeld zu widersprechen, da die darin auf den Betrag der fahrenden Habe beschränkte Haft des Erben schon wegen der wegfällig gewordenen Erbgutsqualität der Immobilien unanwendbar geworden, und durch das gemeinrechtliche Princip der **successio in universum jus** gänzlich verdrängt ist, daß jedoch, auch abgesehen von der ferneren Frage, welche Consequenzen sich für die Reconventin an das eidliche Inventar knüpfen lassen, nach welchem sie, ohne vorgängige Immiscirung, die Erbschaft von der Reconvenientin selbst ausgekehrt erhalten soll, eine Verurtheilung der Reconventin zur Auszahlung des, durch die zugelassene Compensation etwa nicht gedeckten Theiles der 1000 ℔, aus dem Grunde sich zur Zeit noch nicht würde rechtfertigen lassen, weil Reconvenientin über die nach dem Testamente vom 5. October 1850, insbesondere im Falle der Verzinsung, nicht unbedingt mit dem Ableben des Erblassers eingetretene Fälligkeit, allganz nichts thatsächlich angeführt hat;

in Erwägung, **ad grav. 2 in reconventione,** daß in den Entscheidungsgründen des **judicii a quo** bereits zutreffend ausgeführt worden, wie zur Begründung der Klage **ad supplendam portionem statutariam** die bestimmte, auf einen Calcul gestützte Behauptung der Läsion gehören würde, während von der Reconvenientin lediglich beantragt ist, zu schätzen, ob eine Läsion stattgefunden, welches ein für den Weg der gerichtlichen Klage ungeeignetes Verlangen ist,

wird, auf eingelegte Unterinstanzacten und Recesse, so wie auf stattgehabte mündliche Verhandlung, hiemittelst von Landgerichtswegen für Recht erkannt:

> daß **sententia a qua** des Borsteler Justitiariats vom 17/25. Januar d. J. mit der Modification zu bestätigen sei, daß die Verurtheilung der Beklagten und Appellantin zur Herausgabe des Meerschaumpfeifenkopfes mit Silberbeschlag davon abhängig zu machen sei, ob derselbe in das von der Beklagten zu edirende eidliche Inventar der von ihr vorgefundenen, eingeklagten Nachlaßgegenstände werde aufgenommen werden, oder nicht.

Wie denn solchergestalt, unter Compensation der Kosten dieser Instanz und unter Remittirung der Sache **ad judicium a quo,** hiedurch erkannt wird

V. R. W.

Urkundlich &c. **Publicatum** im Königl. Holsteinischen Landgerichte zu Glückstadt, den 11. Octbr. 1853.

Criminalfall.

Brandstiftung jugendlicher Inculpaten.

(Fortsetzung.)

Die Menschen sind es überhaupt nicht gewesen, die seine Unlust, in Pülsen zu sein, hervorgerufen, er mochte an dem Orte nicht sein. Er sagt: „ich mochte in Pülsen nicht sein, obgleich ich da gutes Essen hatte, besser als zu Hause, obgleich ich nicht mit Arbeit überladen war und obgleich meine Herrschaft mich freundlich behandelte, weil es so weit von Bellien war." Ferner in einem andern Verhör: „Die Abs-

bahr und deren Sohn sind ganz freundlich und gut gegen mich gewesen, ich habe da auch gutes Essen gehabt und es hat das Essen mir auch immer gut geschmeckt, und habe ich da nicht viele schwere Arbeit gehabt, aber ich mochte doch nicht dort sein."

Als Grund hierfür führt er, wie oben erwähnt, einmal an, daß er in Pülsen nicht Bescheid gewußt und da ganz fremd gewesen. Seine Sehnsucht zieht ihn nach seinem Geburtsorte, und es ist seiner Angabe nach nicht seine Absicht, gar nicht zu dienen, sondern er will nur gerne einen Dienst in Bellien haben.

Am Morgen des ersten Pfingsttages sah Maria Haß den Ineulpaten weinen, was auch sonst oft bemerkt worden ist, Mittags aß er aber ihrer Angabe nach „schmuck", und bald darauf fand sich für ihn die gewünschte Gelegenheit, das Haus anzuzünden.

Ineulpat giebt an, am ersten Pfingsttage sei er nach Tisch allein gewesen, indem die Wittwe Absbahr und ihr Sohn in der kleinen Stube gesessen, die beiden Mädchen die Schüsseln in der Küche gewaschen, die Knechte in der Kammer im Bett gelegen hätten und der Halbknecht nach Hohenfelde gewesen sei. Er sei da in die Häckselkammer gegangen, auf die Fensterbank geklettert und habe den Schwefelsticken, nachdem er ihn angerieben, an das Dach gehalten, welches gleich in Flammen gerathen sei. Der Boden der Häckselkammer sei nicht ganz dicht ans Dach gegangen, und habe er von der Kammer aus mit der Hand hinter einem Brett gut ans Dach kommen können. Nachdem er dieses gethan, habe er ein dringendes Bedürfniß bekommen und habe daher die Kammer verlassen, um seine Nothdurft zu verrichten. Wie er auf der großen Diele gewesen, habe ihm Absbahrs Frau, die aus der Stube gekommen, gesagt, er solle ihres Mannes Stiefel putzen. Er habe geantwortet, daß er erst mal aus der Hose müsse, dann das Haus durch die Seitenthür verlassen und seine Nothdurft in dem Graben zwischen dem Garten und der anstoßenden Koppel verrichtet. Wie er damit fertig gewesen, habe er gesehen, daß Sachen aus dem Hause geworfen würden und sei hingegangen, um sein Zeug zu retten, was er auch gethan.

Daß diese Erzählung über die Art und Weise der Brandstiftung der Wahrheit entspreche, ist durch die übereinstimmenden Aussagen aller Hausgenossen bestätigt und einzelne Widersprüche über die Vorgänge bei den gemachten Rettungsversuchen dürften in der natürlichen Bestürzung aller Betheiligten ihre Erklärung finden, ohne zu weiteren Zweifeln Veranlassung zu geben. Die Wittwe Absbahr hatte bemerkt, daß der Ineulpat sich entfernte, sie deponirt: „Ich folgte ihm, weil ich immer die Besorgniß hegte, daß er sich aufhängen möchte, da ich aber sah, daß er nach der Wiese lief, so äußerte ich dies mit dem Zusatz: laß ihn nur laufen. Wie ich dann aus dem von der Seitenthür nach der großen Diele führenden Gang trat, rief mir mein Sohn, der auf der Diele stand, indem er die Hände zusammenschlug, zu: „ach Mutter, ach Mutter, was haben wir," und wie ich fragte: „was denn?" antwortete er: „Feuer," und sah ich im Augenblicke auch das Feuer, welches an der innern Seite des Daches in die Höhe lief. Ich forderte meiner Schwiegertochter die Kofferschlüssel ab, um Leinenzeug zu retten, doch that ich dies erst, nachdem ich aus dem Hause gelaufen war und „Feuer" geschrieen hatte. Wie ich dann etwas Leinenzeug aus dem Fenster in den Garten geworfen hatte, kehrte ich auf die Diele zurück und fand da meine Schwiegertochter an der Erde liegend, wo ich ihr zurief, sich zu ermuntern, da das Feuer schon sehr um sich gegriffen habe, und gelang es mir denn auch, sie zu sich und aus dem Hause zu bringen. Gleich nachdem der Feuerlärm entstand, kam Schröder ins Haus gelaufen und sagte ich da zu ihm: „Junge, das hast Du gethan," er antwortete: „nein, das habe ich nicht gethan," und fing dabei an zu schreien, ich wiederholte jedoch meine Beschuldigung und lief er in seine Kammer, aus der er sein Zeug holte. Später, als ich ihn draußen zwischen den versammelten Leuten erblickte, sagte ich wieder zu ihm, er hätte das Haus angesteckt, er antwortete wieder, er habe es nicht gethan und warf sich auf die Erde und schrie, indem er sagte: „die Hausfrau sagt, ich habe das Haus angesteckt," sprang aber sogleich wieder auf und schöpfte dann mit Wasser zum Löschen."

Der Ineulpat hat die Richtigkeit dieser letzteren Angaben über die ihm gemachten Vorwürfe mit „ich weiß das nicht" und „das ist nicht wahr" in Abrede gestellt. Seiner Angabe nach hat er das Geständniß gegen den Scheunvogt abgelegt, weil er gefürchtet, er würde so lange geschlagen werden, bis er eingestanden. Ineulpat hat dabei zuerst gegen den Vogt angegeben, daß er den Schwefelsticken, womit er das Haus angezündet, auf dem Schmutzberg gefunden, eben dasselbe hat er gegen den Verwalter geäußert. Als ihm gerichtsseitig vorgehalten ward, warum er diese Unwahrheit gesagt, antwortete er: „ich habe dies gesagt, weil ich fürchtete, daß sie mich schlagen würden, wenn ich sagte, daß ich den Schwefelsticken aus der Stube weggenommen, denn ich hätte dann ja gestohlen. Ich glaube, daß es schlimmer ist, einen Schwefelsticken zu stehlen, als ein Haus in Brand zu stecken." Als dem Ineulpaten darauf bedeutet ward, daß diese Aeußerung keinen Glauben verdiene, er vielmehr sehr wohl einsehen werde, daß es sich umgekehrt verhalte, brach er in heftiges Weinen aus und bat, ihn mit seinem Vater nach Hause gehen zu lassen, indem er hinzufügte: „Ich will es auch in meinem Leben nicht

wieder thun." Auch in einem späteren Verhör hat Inculpat behauptet, er habe geglaubt, daß er für das Wegnehmen des Schwefelstickens noch mehr Schläge erhalten würde.

Inculpat hat nach seiner noch am Tage der Brandstiftung erfolgten Arretirung zuerst im Gefängniß geschrieen, sich aber, als er mit Schlägen bedroht wurde, beruhigt und hat nicht allein zu Abend gegessen, sondern ist auch später vom Verwalter in tiefem Schlaf gefunden worden. Auch später hat er mehrfach geschrieen, bis man ihm gesagt, man würde ihm eine Bank wegnehmen, mittelst deren er aus dem Fenster sehen konnte, worauf er vom Schreien abgelassen hat. Er hat während seiner Haft viel im Katechismus und einem Schulbuche gelesen, die ihm gegeben sind, und den größten Theil des Tages im Freien zugebracht, wo er die ihm aufgetragenen Arbeiten ganz wohlgemuth verrichtet hat. Gegen den Verwalter hat er auch noch geäußert, er möge ihn nur nicht so viel schlagen; auf die Frage, ob er denn meinte, daß er viel Schläge verdient hätte, erwiderte er: „ja, ich hätte das ja nicht thun sollen."

Inculpat hat, wie oben bemerkt, als Motiv seiner That hauptsächlich die Unlust, in Pülsen zu sein, genannt, wenn er nebenher auch hervorgehoben, daß der Halbknecht ihn geschlagen und das eine Mädchen ihn mit Schlägen bedroht, so wird das geschehen sein, um etwas zu antworten, da der erstere Umstand durch den letzteren wohl ins rechte Licht gestellt wird, indem es nicht zweifelhaft sein kann, daß es auf den 12jährigen Inculpaten wenig Eindruck gemacht haben wird, als die 13jährige Maria Haß ihm drohte, sie würde ihn schlagen, wenn er nicht fleißig sei. Eben so wenig Gewicht kann darauf gelegt werden, daß Inculpat gesagt, sein Vater wolle ihn todtschlagen, während dieser behauptet, gesagt zu haben, er wolle ihn schlagen, daß er sich vor ihm umdrehen solle, was, wie Inculpat eingeräumt hat, auch richtig ist.

Auf verschiedenes Vorhalten des Gerichts hat Inculpat ferner eingestanden, er habe wohl gewußt, daß er unrecht daran gethan, das Haus in Brand zu stecken und daß er dadurch der Wittwe Absbahr Schaden zufügte, aber er habe geglaubt, daß es nicht herauskommen würde. Er wisse wohl, daß Gott allgegenwärtig und allwissend sei, habe aber daran gar nicht gedacht, als er auf den Gedanken gekommen, das Haus anzustecken. Später gab er an, daß er auf den Gedanken gekommen, weil die Knechte bei den Bauern in Bellien, die im letzten Winter abgebrannt seien, weggekommen seien. An den Schaden, den er der Absbahr und seinen Mitdienern verursachen würde, habe er gar nicht gedacht. Daß er seinen Aeltern gehorsam sein solle, wisse er wohl, denn er kenne das 4te Gebot und seine Aeltern hätten gewollt, daß er bei Absbahrs dienen solle, er habe aber, als er auf den Gedanken gekommen, nicht an das 4te Gebot gedacht. Was ihm geschehen würde, wenn es herauskäme, daß er das Haus angesteckt, daran habe er gar nicht gedacht, er habe gedacht, es sollte nicht herauskommen.

Das in vorliegender Sache eingezogene Physicatsgutachten spricht sich über den körperlichen Zustand des Inculpaten dahin aus, daß er von angemessener Größe, wohlgenährt, kräftig und regelmäßig gebaut sei und in keiner Hinsicht eine zu frühe, vorzeitige Ausbildung zeige, wie denn auch an den Geschlechtstheilen die Schaamhaare und am Kinn der Bart fehle. Seine geistige Entwickelung sei soweit vorgeschritten, wie dies nicht immer in seinem Alter und Stande der Fall zu sein pflege, und leide es keinen Zweifel, daß der Inculpat wohl fähig gewesen, vor der That die Folgen seiner Handlung einzusehen. Das Heimweh habe denselben jedoch mit einer solchen Gewalt zu der That, als, wie ihm scheinen gemocht habe, des einzigsten zum Zwecke führenden Mittels, angetrieben, daß die Stimme der Vernunft und des Gewissens nicht stark genug gewesen sei, ihn von einer Handlung abzuhalten, die ihm gleich nach vollbrachter That als ein Verbrechen habe erscheinen müssen und deren Folgen ihm nun klar einleuchteten.

Der Defensor des Inculpaten hat seinen Antrag auf völlige Freisprechung gestellt, wobei dem Justitiariate anheimgegeben, ihn körperlich, etwa mit einer Ruthenzüchtigung, zu bestrafen, dagegen hat die Untersuchungsbehörde, das Justitiariat des adeligen Guts Neuhaus, auf eine 3—4jährige Zuchthausstrafe angetragen, und nur den Wunsch hinzugefügt, daß es sich irren möge, oder daß Inculpat auf dem Wege der Gnade für eine angemessene Zeit in eine Besserungsanstalt, z. B. das Marinesstift zu Flensburg, geschickt werden möge.

Da weder der objective Thatbestand der vollendeten Brandstiftung, noch die Thäterschaft des Inculpaten in Zweifel gezogen werden konnte, handelte es sich im vorliegenden Falle lediglich darum, ob eine criminelle Zurechtweisungsfähigkeit des Inculpaten zu statuiren sei. Das Obercriminalgericht hat diese Frage, von den nachstehenden Erwägungen geleitet, verneinen zu müssen geglaubt. Es fehlte zunächst an aller Veranlassung, eine durch körperliche Zustände beschränkte Zurechnungsfähigkeit des Inculpaten anzunehmen. Das Heimweh, welches ihn offenbar geplagt hat, war nicht der Art, eine geistige Störung bei ihm herbeizuführen. Es mangelt an allen Anzeichen, daß der Inculpat, dessen Appetit und Schlaf nicht gelitten hatten, in so überwältigender Weise davon überfallen worden sei, und die Verhältnisse waren überhaupt

kaum derartig, daß sein Heimweh überall einen so gefährlichen Character gewinnen konnte. Veränderung der örtlichen Umgebung, an die man gewöhnt ist, und Veränderung der damit zusammenhängenden Lebensweise sind die nothwendigen Bedingungen eines solchen überwältigenden Heimwehs, wie es den Bergbewohner in der Ebene, den Landbewohner in Städten häufig ergreift und wobei die Sehnsucht nach Verwandten und Bekannten nur eine Nebenrolle spielt. Der Inculpat trat aber nicht aus seiner Lebensweise heraus, die er bisher geführt hatte, er blieb an dem Ufer desselben See's, an dessen Anblick er von Kindheit an gewöhnt war, ja beinahe im Angesicht seines Geburtsortes, und nur seiner kindlichen Auffassung und seinem verzogenen Gemüth mochte selbst die kleine Veränderung, welche für ihn sich ergeben hatte, als unerträglich erscheinen.

Es fragt sich demnach nur, ob der Inculpat bereits das Alter erreicht hat, in welchem die criminalrechtliche Zurechnungsfähigkeit beginnt, und es liegt die Schwierigkeit offenbar nicht darin, daß die Persönlichkeit des Inculpaten besonders schwer zu erfassen, sondern darin, daß die zu beantwortende Frage überall nicht leicht zu stellen ist, da Gesetzgebung und Doctrin über diesen Punkt nur sehr dürftig sind.

Es ist vor Allem von Wichtigkeit, zwischen Zurechnungsfähigkeit überhaupt und krimineller Zurechnungsfähigkeit zu unterscheiden. Das Bewußtsein, Unrecht gethan und Strafe verdient zu haben, findet sich bei Kindern schon im frühesten Alter und ihre Handlungen werden ihnen auch insofern zugerechnet, als sie die verdiente Züchtigung erhalten, aber es fragt sich gerade, wann der Zeitpunkt eintritt, wo außer Aeltern, Lehrer und Dienstherrschaften nun auch der Staat eingreift und straft. Es versteht sich von selbst, daß dabei auf die größere und geringere Lebhaftigkeit der Empfindung, Unrecht gethan zu haben, nichts ankommen kann, denn es ist leicht möglich, daß ein 10jähriges Kind von Schaam und Reue über eine Handlung gequält wird, die auf einen 20jährigen Verbrecher beinahe gar keinen Eindruck macht. Eben so wenig wird die Stärke und Hartnäckigkeit des Willens allein als entscheidend gelten können und noch weniger die Art der Motive, denn es läßt sich gar nicht verkennen, daß Handlungen tief durchdachter Bosheit von Kindern verübt werden können, die sicher nicht einer öffentlichen Strafe zu unterziehen sind, und dagegen Handlungen, die aus dem unbedachtsamsten Impulse hervorgehen, später strafbar erscheinen.

Der allgemeine Grundsatz, der hier zur Anwendung zu bringen, ist von Heffter und Köstlin richtig dahin angegeben, daß die criminelle Zurechnungsfähigkeit erst dann beginnt, wenn der Mensch zum Bewußtsein seiner Stellung der Welt des bürgerlichen Lebens gegenüber gelangt und zum Nachdenken über die Summe seiner bürgerlichen Verpflichtungen und die Erscheinungen des menschlichen Daseins aufgefordert wird. Vor diesem Zeitpunkt ist ein jugendlicher Uebertreter lediglich der Strafgewalt der Familie oder stellvertretender Zucht zu überlassen. Daß dieses Princip in der Anwendung auf die einzelnen Fälle viele Schwierigkeiten haben kann, läßt sich nicht verkennen, aber dasselbe ist bei allen allgemein zu haltenden Grundsätzen der Fall und bei der vorliegenden Untersuchung dürfte dasselbe sich gerade besonders gut anwenden lassen. Das Justitiariat hat nämlich, von einer Verwechselung der allgemeinen mit der criminellen Zurechnungsfähigkeit ausgehend, mehrfache Versuche gemacht, den Inculpaten zum Geständniß und zur Einsicht seines Unrechts zu bringen, und sich dabei meistens darauf beschränkt, ihm sein Unrecht gegen seine Aeltern, gegen Absbahrs und den göttlichen Willen vorzuhalten. In allen diesen Punkten hat der Inculpat nun auch ganz frei eingeräumt, Unrecht gethan zu haben, und hat sich nur damit zu entschuldigen gesucht, er habe das wohl gewußt, aber damals nicht daran gedacht, er habe nur daran gedacht, von Pülsen wegzukommen. Der Physicus meint freilich, daß dieses bei einem so intelligenten Knaben, der noch dazu schon einmal in seinem Leben in Bellien ein Brandunglück erlebt, nicht möglich sei; er müsse die Folgen seiner Handlung eingesehen haben, und daß er dieses nachher gethan, zeige das plötzliche Bedürfniß, welches ihn im Augenblicke der That überfallen. In gewisser Beziehung ist dieses nun sicher richtig, denn es steht nicht zu bezweifeln, daß der Inculpat während der ganzen Zeit, wo er sich mit dem Plane trug und als er ihn ausführte, mehr oder minder das Gefühl eines bösen Gewissens hatte, aber er hat hierauf weiter nicht geachtet, nicht darüber nachgedacht, und den Grund hievon entnimmt der Physikus auch sehr richtig aus dem Heimweh, welches natürlich auf ein Kind, welches noch nicht die Festigkeit besaß, den Anreizungen eines solchen Triebes zu widerstehen, mehr Einfluß ausüben mußte, als auf Erwachsene. Dieses Heimweh mußte aber um so größere Gewalt über den Inculpaten erlangen, als er bereits gewohnt war, seinem Antriebe nicht zu widerstehen. Inculpat scheint von Natur kein übelgerathener Knabe gewesen zu sein, aber frühe Kränklichkeit, die es wohl veranlaßte, daß er von der Mutter verzogen ward und gegen harte Strafen geschützt blieb, während der Schullehrer auf der anderen Seite durch zu große Strenge die Sache ganz verdarb, haben einen großen Eigenwillen in dem Inculpaten erzeugt. Schelte und Strafen machten ihn verstockt, da sie seinen Trotz nicht brachen, er wollte dann nicht essen, gebehrdete sich, als wenn ihn die Besinnung verlasse,

oder warf sich, wie die Wittwe Absbahr angiebt, an deren Erzählung trotz des Leugnens des Inculpaten nicht zu zweifeln sein dürfte, auf die Erde und schrie. Im Uebrigen war er ein netter, anständiger Junge von offenbar ungewöhnlichen Fähigkeiten. Als er mit 10 Jahren vom Hause sollte, entlief er einfach und man ließ ihm dieses durchgehen; im folgenden Jahre bezeugte er seine Unlust, in Engelau zu sein, so unverholen, daß sein Dienstherr ihn fortschickte. Auch bei Absbahrs versuchte er diese beiden Methoden nacheinander; aber sein Empfang zu Hause, als er dort mit dem Vorsatz, nicht wieder fort zu gehen, anlangte, war der Art, daß er nicht den Muth besaß, dem Sturm zu trotzen, und wieder fortging.

Darauf bewog er Absbahrs durch die Drohung, sich aufzuhängen, ihn fortzuschicken, aber erndtete nur eine Tracht Schläge und mußte wieder zurück in den Dienst. Dieses brach aber seinen Eigenwillen nicht, fort wollte er und grübelte nun so lange über neuen Plänen, bis ihm einfiel, daß die in Bellien abgebrannten Hufner ihre Knechte entlassen, und es läßt sich nicht leugnen, daß er seinen Entschluß mit vieler Hartnäckigkeit, trotz des Besuchs seines Vaters, trotz der freundlichen Bemühungen der Absbahr, festhielt und mit kalter Ueberlegung ausführte.

Aber in diesem Allen kann man nichts als einen Kampf seines Eigenwillens mit dem Willen seiner Aeltern erblicken; die Mittel sind ganz dieselben, die er mit 10 und 11 Jahren angewandt, nur die Noth trieb ihn zu neuen Plänen. Es findet sich in den sämmtlichen Acten keine Andeutung davon, daß er sich bewußt gewesen, daß er durch seine That gegen die öffentliche Ordnung verstoße. Er war überhaupt, wie die Defension mit Recht hervorhebt, noch ein Kind; seine körperliche Entwickelung ist nach dem Gutachten des Physicus durchaus nicht besonders auffallend vorgeschritten; er ward von seinen Aeltern ohne feste Verabredung über Lohn und Dienstzeit ausgethan und seine Dienstherrschaft behandelte ihn gleichfalls als ein Kind, selbst die 13jährige Maria Haß fühlte ihre Ueberlegenheit über ihn. Vor Gericht hat er angegeben, er habe überhaupt nicht daran gedacht, was ihm geschehen werde, wenn seine That bekannt werde; er habe geglaubt, sie werde nicht herauskommen. Gegen den Verwalter äußerte er die Bitte, er möge ihn nur nicht zu viel schlagen, und auf dessen Zwischenfrage, ob er denn glaube, Schläge verdient zu haben, erwiderte er, ja, ich hätte das ja nicht thun sollen. Schläge waren also die Strafe, die er erwartete, und er meinte, daß, wenn er gestände, daß er den Schwefelsticken weggenommen, er noch mehr Schläge bekommen werde. Das Justitiariat hat, wie es scheint, der Angabe des Inculpaten, daß er es für schlimmer halte, zu stehlen, als ein Haus anzustecken, keinen Glauben schenken wollen, aber mit Unrecht. Einmal fehlte es an jeder andern Erklärung für die dem Vogt und Verwalter gegenüber vorgebrachte ungeschickte Erfindung, die er von dem größeren Ernst des Gerichtszimmers und den ernsthaften Ermahnungen, die Wahrheit zu gestehen, ergriffen, auch nicht weiter festzuhalten suchte, und Inculpat ist trotz aller Vorhaltungen dabei geblieben, daß das seine Ansicht sei. Als der Inquirent ihm vorhielt, daß er mit dieser Angabe keinen Glauben verdiene, fing er heftig an zu weinen und bat, man möge ihn mit seinem Vater nach Hause gehen lassen, er wolle es auch nie wieder thun. Das heißt: er gab insofern nach, daß er versprach, für die Folgezeit die ihm als so schlimm dargestellte That nicht zu wiederholen, aber er meinte doch zugleich, daß man ihn nun gehen lassen werde. Mit einem Wort: er war sich durchaus nicht bewußt, in einen wie ernsten Conflict er mit der Welt des bürgerlichen Lebens gerathen sei. Der scheinbare Widerspruch, daß er eine so gleichgültige Sache, wie das Wegnehmen eines Schwefelstickens, für schlimmer hielt, als eine Brandstiftung, läßt sich auch leicht erklären. Diebstahl ist ein Verbrechen, welches weit häufiger vorkommt und daher auch öfter zum Gegenstand von Gesprächen und Ermahnungen gemacht wird, als eine Brandstiftung; es lagen vielleicht innerhalb der Erinnerung des Inculpaten Fälle, wo Diebstähle bestraft waren; daß er aber das Bewußtsein gehabt, beim Anzünden des Hauses ein anderes Unrecht, als gegen seine Aeltern und Dienstherrschaft sowie Gottes Gebot, zu begehen, erscheint höchst unwahrscheinlich und wird jedenfalls dem Inculpaten aus den Acten, so wie sie vorliegen, nicht nachzuweisen sein.

Wenn nun das Obercriminalgericht aus den bisher dargelegten Gründen sich dafür entscheiden mußte, den Inculpaten mit Rücksicht auf sein jugendliches Alter mit aller criminellen Strafe zu verschonen, so glaubte es auch mit Rücksicht auf die körperliche und geistige Organisation des Inculpaten von einer in anderen ähnlichen Fällen wohl zur Anwendung gebrachten Ruthenzüchtigung absehen zu müssen und verfügte nur die Ertheilung einer ernstlichen Ermahnung.

(Der Beschluß folgt.)

Allerhöchst privilegirte
Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

7. Stück. Den 18. Februar 1856.

Entscheidungen.

Für die Todeserklärung eines Verschollenen bedarf es nicht des Antrags seiner sämmtlichen Erben.

Die Aeltern und Geschwister des verschollenen Georg Friedrich Bock aus Blankenese beantragten im Jahre 1854 bei der Königl. Pinneberger Landdrostei die Einleitung des in dem Patent vom 21. April 1840 vorgeschriebenen Verfahrens zum Behuf der demnächstigen Todeserklärung ihres genannten Sohnes und Bruders, indem sie in ihrem Gesuche anführten: derselbe sei den 10. August 1845 von Blankenese mit dem Schiffe „Elbe" nach England ausgemustert und das Schiff in der Nacht vom 19. auf den 20. selbigen Monats während eines heftigen Sturmes bei Helgoland zuletzt gesehen worden; seitdem habe man nichts wieder von dem Schiffe gehört und es sei daher anzunehmen, daß es mit der ganzen Mannschaft, zu welcher auch gedachter G. F. Bock gehört habe, untergegangen sei.

Da die Supplicanten sich nicht nur als nächste Intestaterben des unverehelicht gewesenen vermißten G. F. Bock ausgewiesen, sondern auch seine geschehene Ausmusterung nach England bescheinigt, ferner drei glaubwürdige Personen aus dem District zum Zweck ihrer Abhörung namhaft gemacht hatten, so war den in dem Patent vom 21. April 1840 vorgeschriebenen formellen Bedingungen genügt; nur der Umstand erregte Bedenken, daß der mitsupplicirende Bruder des Vermißten, Peter Adolph Bock, in Buenos-Ayres abwesend und nur durch seinen zum Generalbevollmächtigten bestellten Bruder Christian Wilhelm Bock in Altona vertreten war, von ihm also die in dem § 2 des Patents geforderte Erklärung bei Verlust der Ehre und des guten Leumunds nicht geleistet werden konnte. Es entstand daher die Frage: ob es genüge, wenn diese Erklärung von den anwesenden Erben geleistet werde, ob überhaupt Einer oder Einige unter mehreren Erben eines Verschollenen legitimirt seien, seine Todeserklärung zu bewirken.

Die Landdrostei glaubte diese Frage verneinen zu müssen und ertheilte den Supplicanten am 13. Mai 1854 einen abschlägigen Bescheid, indem sie aussprach, daß nach dem § 2 des mehrerwähnten Patents die Todeserklärung von sämmtlichen Erben zu bewirken sei und daher die Betheiligung des abwesenden Peter Adolph Bock nicht erlassen werden könne, dessen Vertretung deshalb unstatthaft erscheine, da die von den Erben abzugebende Erklärung bei Verlust der Ehre und des guten Leumunds an seiner Statt von einem Andern nicht abgegeben werden könne.

Die Supplicanten wandten sich im Wege der Extrajudicialberufung an das Obergericht und erlangten einen abändernden Bescheid.

Nach rein grammatischer Interpretation kann es vielleicht als zweifelhaft erscheinen, ob unter dem Ausdruck „seinen Erben" im § 2 des Patents die sämmtlichen Erben des Verschollenen zu verstehen sind. Das Patent aber kündigt sich selbst als eine Ergänzung des § 8 der Verordnung vom 9ten November 1798 an, wodurch im Interesse der Ehefrauen und Verwandten in den Fällen, wo Seefahrende von kürzern Seereisen nicht zurückkehren, die großen Nachtheile aufgehoben werden sollen, welche die bisherige Gesetzgebung über die Todeserklärung Abwesender zur Folge gehabt habe, insoweit solches mit der Rücksicht auf die Gerechtsame der Letztern vereinbar sei. Es muß daher, wo die Worte des Patents eine verschiedene Auslegung zulassen, die Interpretation zur Anwendung kommen, welche dem angegebenen allgemeinen Zweck des Patents

am meisten entspricht. Mit diesem aber möchte (abgesehen davon, daß schon nach allgemeinem Grundsatz jeder Erbe selbstständig berufen ist, daher auch selbstständig und unabhängig von den Miterben befugt erscheinen muß, die Erbfolge zu eröffnen) es schwerlich übereinstimmen, wenn man die Einleitung des auf die Todeserklärung hinzielenden Verfahrens unbedingt an eine Mitwirkung der sämmtlichen Erben des Verschollenen knüpfen will. Denn sehr oft würde dann von einer Anwendung des Patents nicht die Rede sein können, da häufig genug der eine oder andere Erbe wegen Krankheit, Abwesenheit oder wegen anderer Behinderungsgründe sich nicht an dem Gesuch würde betheiligen können; es würde ferner der Chicane eines einzelnen Erben voller Spielraum gelassen werden; es würde die Schwierigkeit entstehen, wie es denn verhalten werden solle, wenn mehrere sich gegenseitig beerbende Verwandte, die wiederum Verwandte des gleichen Grades in der Heimath zurückgelassen haben, etwa zwei Brüder, welche von Geschwistern beerbt werden, gleichzeitig auf einer Seereise verunglücken, da es ja, wenn unbedingt die Mitwirkung sämmtlicher Erben gefordert werden soll, bei der Todeserklärung eines jeden der Vermißten an der Mitwirkung des andern fehlen, diese aber erforderlich sein würde, weil der Tod des andern Miterben nicht bewiesen ist und derselbe bis zur erfolgten Todeserklärung für lebend gilt. Es kommt hinzu, daß das Patent von 1840, wenn der Abwesende verheirathet ist, schon seiner Ehefrau gestattet, die Todeserklärung zu erwirken, hier also die Mitwirkung der Erben, geschweige denn sämmtlicher Erben, überall nicht fordert. Es ist ferner darauf Gewicht zu legen, daß die Verordnung vom 9. November 1798 nur die Betheiligung der „anwesenden vermuthlichen Erben" verlangt. Gerade dieser Bestimmung gegenüber wäre für die Gesetzgebung, wenn dieselbe wirklich in den Fällen des Patents von 1840 eine Betheiligung sämmtlicher Erben hätte verlangen wollen, die dringendste Veranlassung gewesen, dies mit einem bestimmten Ausdruck zu verfugen; daß dies nicht geschehen ist, deutet mit Entschiedenheit darauf hin, daß eine derartige Aenderung nicht in der Absicht der Gesetzgebung gelegen hat. Es war auch eben der Zweck des Patents, die Todeserklärung eines Verschollenen in Beziehung auf die frühere Gesetzgebung nicht etwa zu erschweren, sondern, soweit es mit der Rücksicht auf die Gerechtsame der Abwesenden sich vereinbaren ließe, zu erleichtern; es ist aber, zumal da die seitherige Gesetzgebung eine derartige Besorgniß nicht gehegt hat, nicht wohl zu ersehen, wie die Gerechtsame des Abwesenden regelmäßig dadurch gefährdet werden sollten, daß es bei seiner Todeserklärung an der Mitwirkung einzelner Erben gefehlt hat. Sollten freilich in einem einzelnen Falle, was durch anzustellende nähere Untersuchung zu ermitteln, bestimmte Umstände darauf hinweisen, daß einer oder einige der Erben sich absichtlich der Betheiligung entziehen, um die vorschriftsmäßige Versicherung nicht zu leisten, so würde es natürlich Sache des Gerichts sein, **ex officio** ihre Mitwirkung zu verlangen.

Von dem Holsteinischen Obergericht ist der nachstehende Bescheid abgegeben worden:

Auf die **sub præs.** den 13. Juni v. J. hieselbst eingereichte Extrajudicialbeschwerde des Controlleurs Chr. Albr. Bock in Blankenese und seiner Ehefrau, geb. Schlatermund, imgleichen ihrer Kinder Carl Ludwig Christian in Blankenese, Christian Wilhelm in Altona, zugleich **mand. noie.** seines Bruders Peter Adolph in Buenos-Ayres, Louise, verheiratheten Friedrich, **c. cur. mar.**, Emma Wilhelmine, verwittweten Mählmann, **c. cur.** und Louis Jacob in Blankenese, um Todeserklärung ihres resp. Sohnes und Bruders Georg Friedrich Bock aus Blankenese, jetzt gegen den Bescheid der Königl. Pinneberger Landdrostei vom 13./16. Mai v. J.,

wird,

in Erwägung, daß jeder einzelne von mehreren Erben selbstständig zur Succession berufen und demnach im Zweifel jeder derselben die gerichtliche Erbtheilung, sowie die dazu erforderlichen vorbereitenden Schritte, zu beantragen berechtigt ist;

in Erwägung, daß die Verordnung vom 21. April 1840 § 2 rücksichtlich derjenigen Personen, welche eine Todeserklärung zu beantragen legitimirt seien, sich nur des Ausdruckes die Ehefrau oder die Erben bedient, keineswegs aber von sämmtlichen Erben spricht, daß eben so wenig die Verordnung vom 9. November 1798, zu welcher sich die erstere Verordnung als Ergänzung verhält, zu der Annahme Anleitung giebt, daß nur sämmtliche Erben eine Todeserklärung beantragen könnten, indem diese Verordnung § 2 vielmehr die anwesenden Erben als dazu berechtigt bezeichnet, mithin auch Einige und Einen von mehreren Erben als zu dem fraglichen Antrage ermächtigt anzusehen erlaubt;

in Erwägung, daß zwar in dem Falle, wenn nur Einer oder Einige von mehreren Erben den Antrag auf Todeserklärung stellen würden, das Gericht sich nach Anleitung des § 3 der Verordnung vom 21. April 1840 veranlaßt finden müßte, **ex officio** nähere Nachweisung darüber zu erfordern, ob etwa die übrigen Erben sich der auf gerichtliches Erfordern von jedem Erben zu leistenden Versicherung des § 2. der gedachten Verordnung und des **pass.** 3 der Verordnung vom

9. November 1798 entziehen wollen, daß aber im vorliegenden Falle die Behinderung des schon seit 1851 in Buenos-Ayres lebenden Miterben Peter Adolph Bock an dem Miterscheinen und Mitableisten der fraglichen Versicherung durchaus unverdächtig erscheint,

hiedurch von Obergerichtswegen zum Bescheide gegeben:

daß die Supplicanten auch ohne den Miterben Peter Adolph Bock in Buenos-Ayres für genügend legitimirt zu erachten, um die Todeserklärung des Georg Friedrich Bock zu bewirken, und daß demnach der Königl. Pinneberger Landdrostei, unter Aufhebung des Bescheides derselben vom 13./16. Mai d. J., aufzugeben sei, nach Antrag der Supplicanten das verordnungsmäßige Mortificationsverfahren weiter zu instruiren.

Urkundlich 2c. Gegeben im Königlichen Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 14. Mai 1855.

Criminalfall.

Brandstiftung jugendlicher Inculpaten.

(Beschluß.)

Das abgegebene Erkenntniß lautet folgendermaaßen:

Von Obercriminalgerichtswegen

wird dem Justitiariat des adel. Guts Neuhaus, mit Beziehung auf den unterm 30. August / 11. Septbr. d. J. erstatteten Bericht, betreffend die wider den Dienstjungen Carl Friedrich Schröder aus Bellien wegen Brandstiftung geführte Untersuchung, bei Wiederanschließung der Untersuchungsacten, aufgegeben, nachstehendes Erkenntniß:

in Erwägung, daß am ersten Pfingsttag, den 27. Mai d. J., das von der Wittwe Absbahr bewohnte Hufengebäude in Pülsen bald nach Mittag in Feuer aufgegangen ist, wodurch nicht nur die betreffenden Brandgilden einen Schaden von beinahe 3000 ₰ R. M. erlitten, sondern auch die sämmtlichen Betheiligten außerdem noch namhafte Verlüste gehabt haben, und daß der zu jener Zeit 12 Jahr und 5 Monate alte Dienstjunge Carl Friedrich Schröder aus Bellien seinem mit den übrigen ermittelten Umständen übereinstimmenden Geständniß zufolge dieses Feuer angelegt, indem er mit einem Reibschwefelholz das Strohdach über der Häckselkammer in Brand gesteckt hat;

in Erwägung, daß der Inculpat als Beweggrund zu dieser That die Hoffnung angegeben, daß er, wenn das Haus aufgebrannt sei, aus Pülsen fortkommen werde, wo er nicht habe sein mögen, weil es so weit von Bellien entfernt sei und er dort fremd gewesen und nicht Bescheid gewußt, daß die Wahrheit dieser Angabe um so weniger zu bezweifeln steht, als der Inculpat bereits in seinem 10ten und 11ten Jahre in Engelau und Seelent in Dienst getreten, beide Stellen aber nach kurzer Zeit verlassen hat, weil er von unüberwindlichem Heimweh überfallen ist, er auch, nachdem er am 13. April d. J. bei Absbahrs in Dienst gekommen, trotz der guten Behandlung von Seiten seiner Herrschaft, schon nach wenigen Tagen seinen Widerwillen gegen den Aufenthalt in Pülsen unverholen an den Tag gelegt und verschiedene Versuche gemacht hat, zu seinen Aeltern zurückzukehren, wofür er aber das letzte Mal von seinem Vater mit Schlägen bestraft worden ist, daß indeß das Heimweh, an welchem Inculpat gelitten, keineswegs einen solchen Grad erreicht hat, daß seine Gesundheit angegriffen worden, daß vielmehr sein Appetit und Schlaf dadurch nicht berührt sind und von einer durch körperliche Zustände beschränkten Zurechnungsfähigkeit des Inculpaten daher nicht die Rede sein kann;

in Erwägung, daß solchemnach nur zur Frage steht, ob dem Inculpaten mit Rücksicht auf sein jugendliches Alter die begangene Brandstiftung zuzurechnen oder nicht, und bei dem Mangel einer gesetzlichen Bestimmung über das Alter, mit welchem die Zurechnungsfähigkeit beginnt, alles auf die Beurtheilung der einzelnen Fälle ankommt;

in Erwägung nun, daß der Inculpat, welcher ein aufgeweckter und gut unterrichteter Knabe ist, sich des Unrechts, welches er durch die Brandstiftung beging, im Allgemeinen sehr wohl bewußt gewesen ist, wie er denn auch dem Gerichte gegenüber eingeräumt, daß er den Willen seiner Aeltern, daß er im Dienst bleiben solle, und die Vorschrift des vierten Gebots gekannt, und sich nur damit zu entschuldigen gesucht hat, daß er daran nicht gedacht und allein den Gedanken gehabt habe, auf diese Weise nach Hause zu kommen, daß ferner der Inculpat, in dessen Character ohne weitere Bösartigkeit von Kindheit an ein großer Eigenwille erkennbar gewesen, welcher durch seine frühere

Kränklichkeit und andere Umstände noch mehr ausgebildet ist, auch bei dieser Gelegenheit eine große Hartnäckigkeit des Entschlusses bewiesen hat, indem er das Schwefelholz, mit welchem er die Brandstiftung ausgeführt, bereits am Freitag zu sich gesteckt und von dieser Zeit bis zum Mittag des ersten Pfingsttages auf eine günstige Gelegenheit, wo er allein sein würde, gewartet hat, obgleich inzwischen sein Vater ihn besucht, ihm Kleidungsstücke gebracht und einen Doppelschilling geschenkt, um ihn zu ermuntern, auch die Wittwe Absbahr ihm noch am Abend vorher aufs Freundlichste zugeredet hat; daß aber, wenn auch der Eigenwille des Inculpaten, dem das unbehagliche Gefühl, an einem fremden Orte zu sein, unerträglich erschienen, sich gegen den Willen seiner Aeltern aufgelehnt hat und stark genug gewesen ist, das Gefühl des Unrechts gegen die Hausbewohner und die Gebote Gottes zu überwinden, doch im Uebrigen aus den Ergebnissen der Untersuchung hervorgeht, daß der Inculpat sich durchaus nicht bewußt gewesen ist, in einen wie ernsten Conflict mit dem öffentlichen Strafgesetz und der bürgerlichen Ordnung seine That ihn bringe;

in Erwägung nämlich, daß der Inculpat nach dem Gutachten des Physicats in seiner körperlichen Entwickelung noch durchaus ein Kind ist, auch sonst durchgängig die Auffassung und Anschauungsweise eines Kindes gezeigt hat, daß er bei seinen ersten Geständnissen gegen den Scheunvogt Strohbehn, so wie den Verwalter Nissen, behauptet, daß er den Schwefelsticken auf dem Schmutzberg gefunden und später vor Gericht als Grund dieser Unwahrheit angegeben hat, wie er gefürchtet, daß, wenn er sagte, daß er denselben aus der Stube weggenommen, er Schläge erhalten werde, weil er dann ja gestohlen hätte, daß er auf Vorhalten dabei geblieben ist, wie er es für schlimmer halte, einen Schwefelsticken zu stehlen, als ein Haus in Brand zu stecken; daß aus andern Aeußerungen des Inculpaten hervorgeht, daß Schläge die Strafe gewesen, die er für sein Vergehen erwartet, daß er endlich von der Nothwendigkeit seiner Inhaftirung durchaus keinen Begriff gehabt und mehrfach gebeten, ihn doch nach Hause zu lassen, wobei er das Versprechen abgegeben, daß er es gewiß niemals wieder thun werde;

in Erwägung endlich, daß die criminelle Zurechnungsfähigkeit erst dann beginnt, wenn der Mensch zum Bewußtsein seiner Stellung der Welt des bürgerlichen Lebens gegenüber gelangt und sich aufgefordert sieht, über die Summe seiner Pflichten und das menschliche Dasein überhaupt nachzudenken, und vor diesem Zeitpunkt jugendliche Uebertreter lediglich der Strafgewalt der Familie oder stellvertretender Zucht zu überlassen sind; daß darnach der Inculpat, obgleich er sehr wohl gewußt, daß er gegen seine Aeltern und Dienstherrschaft, so wie den göttlichen Willen, Unrecht beging und trotz der Willenskraft, die er bewiesen, doch criminell nicht als zurechnungsfähig anzusehen ist, weil er, als er das Haus angezündet, nicht das Bewußtsein gehabt, sich damit gegen Gesetz und öffentliche Ordnung zu vergehen;

wird, in Erwägung vorstehender Gründe, hiedurch für Recht erkannt:

> daß der Inculpat Carl Friedrich Schröder aus Beljen wegen der von ihm begangenen Brandstiftung mit Rücksicht auf sein jugendliches Alter mit aller criminellen Strafe zu verschonen,

dem Inculpaten vor vollständig besetztem Gericht und in Gegenwart seiner Aeltern zu publiciren und denselben darauf in angemessener Weise ernstlich zu ermahnen, daß, da er jetzt die Strafbarkeit seiner Handlung habe einsehen lernen müssen, ihn für künftige Vergehen die schärfste Ahndung treffen werde.

Die Rechnung des Defensors ist zu 40 ß R.-M. bestimmt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obercriminalgerichte zu Glückstadt, den 29. Octbr. 1855.

Zweiter Fall.

Die im Lauf des vorigen Jahres bei dem Justitiariate der Großherzoglich Holstein-Oldenburgischen Fideicommißgüter als Brandstifterin in Untersuchung gerathene Johanna Christine Louise Paasch ist am 5. März 1841 zu Lensahn geboren, die Tochter eines dortigen Holzsägers Claus Hinrich Paasch. Sie ist zu Palmsonntag v. J. bei dem Eigenkäthner und Rademacher Jochim Franck zu Beschendorf in Dienst getreten, hat hier keine Veranlassung zur Unzufriedenheit gegeben, ihren Dienst vielmehr gehörig verrichtet. Die Ehefrau Franck bemerkt, „sie sei etwas weitläuftiger Natur", dies jedoch nur in dem Sinn, daß sie lieber außer dem Hause, als in demselben gearbeitet habe. Sie selbst hat sich keineswegs, wie bei jungen Dienstboten so gewöhnlich, aus ihrem Dienstverhältniß, mit welchem sie im Gegentheil ganz zufrieden gewesen, fortgesehnt. Das Motiv zur Brandstiftung war bei ihr ein anderes.

Sie schlief im Anfang des Dienstes bei den Kindern ihres Dienstherrn, da aber der Raum zu bedrängt war und die Kinder über Hitze klagten, wurde ihr eine Kammer neben der Werkstätte angewiesen, wo sie allein schlafen sollte. Sie führte über diese veränderte Einrichtung keine Klage gegen ihre Herrschaft, mochte auch zuerst wohl dort allein schlafen. Wenigstens erzählt sie Anfangs so, will indeß nach einer Aeußerung in einem spätern Verhör von Anfang an über das Alleinschlafen Angst empfunden haben, welche sich durch Herzklopfen kund gegeben habe. In einer Nacht aber, derjenigen, welche dem Brande des Franckschen Hauses vorherging, kam eine junge Ziege in ihre Schlafkammer und versetzte durch ihr Meckern in der dunkeln Nacht die Inculpatin in eine heftige Angst. Diese kleine 6wöchige Ziege hatte sich damals, um gegen die Kälte geschützt zu werden, in der Werkstätte befunden, wo sie während der Nacht in eine leere mit einem losen Deckel zugedeckte Tonne gesetzt wurde. Es war ihr aber gelungen, aus der Tonne heraus zu steigen und durch die Thür, welche nicht verschlossen, sondern nur zugezogen werden konnte, aus der Werkstätte in die anstoßende Schlafkammer der Inculpatin zu gelangen. Diese äußerte über den Vorfall nichts gegen ihre Herrschaft, sie schämte sich, wie sie angiebt, ihr etwas davon zu sagen, weil sie sich mit den Kindern derselben gestritten gehabt hatte. Der Besuch der Ziege hatte ihr aber ein solches Grauen erregt, daß sie dort in der Kammer durchaus nicht mehr schlafen mochte. Am Tage nach diesem nächtlichen Vorfall, den 25. April v. J., faßte sie daher, wie sie erzählt, den Vorsatz, die Kathe anzuzünden, damit sie dadurch eine andere Schlafstelle erhielte. Der Gedanke kam ihr vor Mittag, als sie das Kind ihrer Brotherrschaft in der Küche wartete. Warum sie gerade auf das Feuerlegen verfiel, vermag sie nicht zu sagen, andere Mittel zur Erreichung ihres Zweckes kamen ihr derzeit nicht in den Sinn. Sie will damals auch nicht daran gedacht haben, daß sie durch das Anzünden des Hauses ihrer Herrschaft großen Schaden zufügen werde und daß sie das Leben derselben gefährden könne, sondern nur daran, daß das Feueranlegen und das danach erfolgende Abbrennen der Wohnung das Alleinschlafen aufhören lassen und ihr die Angst nehmen werde, welche sie davon gehabt hatte, indem sie alsdann zu ihren Aeltern nach Hause würde entlassen werden und dann nicht mehr allein schlafen. Sie war voll Furcht, daß die Ziege die nächste Nacht wiederkommen würde, und wollte dem vorbeugen. Während des Mittagsessens dachte sie an die Art der Ausführung ihres Entschlusses, sie wollte den dicht neben dem Hause stehenden Stall anzünden, indem sie annahm, daß, wenn der Stall abbrenne, auch das Wohnhaus mit abbrennen würde. Nachdem sie zu Mittag gegessen hatte, ging Inculpatin durch die Schlafstube nach der Küche, nahm hier einen Reibsticken und begab sich damit nach dem Stall, wo sie ohne weitere Ueberlegung und Nachdenken über die Folgen das Feuer anzündete, indem sie auf die nach dem Boden führende Leiter stieg, das Reibholz an der Mauer entzündete und es dann an das auf dem Boden liegende Heu hielt. Nachdem dieses Feuer gefangen hatte, stieg sie von der Leiter herunter und begab sich in die Küche zurück. Das Feuer kam sehr bald zum Ausbruch und legte sowohl den Stall, wie auch das nahe gelegene, mit Stroh bedeckte Franck'sche Wohnhaus in Asche. Die Inculpatin war während des Brandes beim Retten behülflich und ging dann am Abend mit ihrer Dienstherrschaft nach der gerade gegenüber wohnenden Wittwe Franck, der Mutter ihres Dienstherrn.

Von ihrer That äußerte die Inculpatin, auf die auch kein besonderer Verdacht fiel, gegen Niemanden etwas, sie hatte, wie sie angiebt, schon damals ein ängstliches Gefühl, weil sie wußte, daß sie etwas unrecht gethan hatte, und fürchtete auch, daß sie zu Loch käme, dachte aber nicht daran, es ihrer Herrschaft gleich zu sagen. Sie hatte indessen vorläufig ihren Zweck erreicht, sie schlief, während die Familie nun bei der Wittwe Franck sich aufhielt, mit den Kindern ihrer Dienstherrschaft in einer Stube und fühlte sich mit ihren Dienstverhältnissen nach wie vor zufrieden. Inzwischen wurde das abgebrannte Haus wieder aufgebaut und Inculpatin hörte an einem Sonntage, daß es rein gemacht und bezogen werden solle. Bei dieser Nachricht erwachte in ihr von Neuem die Furcht vor dem Alleinschlafen und bestimmte sie zu dem Entschlusse wiederholter Brandstiftung, welchen sie am 29. Juni v. J. gegen 8 Uhr Abends zur Ausführung brachte. Sie wählte die Abendzeit, weil sie am Tage verhindert war. Als sie damals nach Verrichtung einiger anderen Arbeiten, nachdem sie namentlich auf Geheiß der Ehefrau Franck die Thüren und Fenster der neu erbauten Kathe geschlossen hatte, ausgehen wollte, um auf einer nahe gelegenen Koppel Kraut für die Ziege zu pflücken, kam wiederum der Gedanke über sie, daß sie nun wohl bald in das neue Wohnhaus einziehen und dort, wie früher, allein schlafen werde. Sie beschloß, lieber die Kathe abzubrennen, steckte zu dem Ende aus einer in der Wohnstube stehenden Schachtel ein Reibzündholz zu sich und ging nun zunächst nach der Koppel, wo sie das Kraut pflücken wollte, von dieser nach der gegenüber liegenden Roggenkoppel, welche unmittelbar an den Grund und Boden stößt, auf welchen die neu erbaute Kathe sich befand. Nicht weit von dem Stall, etwa 8—12 Fuß entfernt, lag ein Strohhaufen. Inculpatin zündete an einem Stender des Stalls das mitgenommene Reibzündholz an, hielt es in den Strohhaufen und kehrte, nachdem dieser

Feuer gefangen hatte, über die Koppel nach der Wohnung zurück. Sie will dabei nur an ihre Angst und nicht an die möglichen nachtheiligen Folgen des Feuers für ihren Brodherrn gedacht haben. Das Feuer wurde bald entdeckt und gelöscht, ohne daß Stall und Wohnhaus beschädigt wurden.

In dem Bisherigen ist der äußere und innere Hergang der von der Inculpatin theils verübten, theils versuchten Brandstiftung referirt, wie derselbe nach ihrer eigenen Erzählung sich darstellt. An der Wahrheit ihres Geständnisses und namentlich daran, daß das von ihr angegebene Motiv wirklich vorhanden gewesen, zu zweifeln, geben die erwachsenen Acten keine Veranlassung an die Hand, wenn auch eine Bestätigung desselben, was die innere Seite der That betrifft, natürlich vermißt werden muß, da die Inculpatin über ihre Angstgefühle sich niemals geäußert hat. Doch geht aus den Aussagen ihrer Dienstherrschaft hervor, daß der verhängnißvolle Vorfall mit der Ziege sehr wohl in der von ihr angegebenen Weise geschehen sein kann.

Daß der Inculpatin somit eine vollendete Brandstiftung und damit concurrirend der Versuch einer solchen zur Last fällt, bedarf der weitern Ausführung nicht; es kommt namentlich in Bezug auf den letzteren nichts darauf an, daß die Kathe des Rademachers Franck, als dieser unternommen ward, unbewohnt stand, da nach anerkanntem Grundsatz das Verbrechen der Brandstiftung an unbewohnten nicht weniger, als an bewohnten Gebäuden verübt werden kann, übrigens auch nach der Localität bewohnte Gebäude so nahe waren, daß eine Gefährdung derselben beim Gelingen des Versuchs möglich gewesen wäre. Es fragt sich aber, ob die Inculpatin zur criminellen Ahndung gezogen werden kann.

Sie hatte allerdings schon, als sie die erste Brandstiftung verübte, das 14jährige Alter, mit welchem die criminelle Mündigkeit ihren Anfang nimmt, erreicht. Sie suchte ferner die That zu verheimlichen, indem sie gleich nach dem zweiten Feuer einer Schwester ihres Dienstherren auf deren Frage, wie sie das Feuer gewahr geworden, erwiderte, daß sie es durch das Geschrei und Gerufe erfahren habe; sie gestand dann am folgenden Tage, als die bei dem Feuer vorgefundenen Spuren den Verdacht auf sie gelenkt hatten, zwar dem Bruder des Rademachers Franck, daß sie den Strohhaufen angezündet habe, bekannte aber nicht, daß sie auch Urheberin des im Frühjahr stattgehabten Brandes sei, leugnete dies vielmehr bei ihrer ersten Vernehmung durch das Oberinspectorat zu Lensahn auf das Bestimmteste und Umständlichste und trat erst vor dem Justitiariat auf geschehene Vorhaltung mit dem desfälligen Geständniß hervor. Sie hat sich auch wiederholt, wie schon erwähnt ist, dahin ausgesprochen, daß sie gewußt habe, etwas Böses oder Unrechtes gethan zu haben, sie erklärte einmal: „mir ist es wohl bekannt, daß jedes Unrecht strafenswerth ist, ich weiß auch, daß Feueranlegen, Brandstiften, rechtswiderliche Handlungen sind und daß auch diese Handlungen Strafe nach sich ziehen", wobei sie dann hinzufügt, daß sie gar nicht darüber nachgedacht habe, wie sie andern Menschen so großen Nachtheil durch das Feueranlegen zufügen könnte, daß sie jetzt aber vollkommen einsehe, sehr unrecht gehandelt zu haben; sie hat endlich einmal erzählt, daß sie gefürchtet habe, wenn ihre erste Brandstiftung entdeckt würde, zu Loch zu kommen.

Diese Erklärungen der Inculpatin sprechen freilich nicht für die Annahme ihrer Unzurechnungsfähigkeit, dürften derselben eher widerstreiten, wenn auch nicht zu verkennen ist, daß bei jedem Kinde, welches eine That, wie die hier vorliegende, verübte, ein gewisses Gefühl des Unrechts und eine Furcht vor Strafe sich geltend machen wird, daß ferner die Aeußerungen der Inculpatin, wie sie im Untersuchungsprotocoll referirt sind, nicht ganz die Vermuthung ausschließen, daß durch gerichtsseitige Vorhaltungen auf dieselben influirt sei, indem namentlich kaum anzunehmen ist, daß die Inculpatin von „rechtswiderlichen" Handlungen sollte gesprochen haben.

Schon die Berücksichtigung des Motivs aber, welches die Inculpatin geleitet hat, muß den erheblichsten Zweifel gegen eine anzunehmende Zurechnung der That zur verbrecherischen Schuld hervorrufen. Begreift man auch die Furcht vor dem Alleinschlafen, welche selbst bei Erwachsenen gefunden werden kann, so konnte doch nur ein völliges Kind durch das Eindringen einer kleinen Ziege in die Schlafkammer in dem Maaße geängstigt werden, wie es mit der Inculpatin der Fall gewesen ist; und daß sie ihrer Herrschaft von dem Vorfall nichts mittheilt, aus dem kindischen Grunde, weil sie mit den Kindern derselben sich gestritten gehabt, sondern lieber zum Mittel der Brandstiftung greift, welches sie dann auch ohne alles Bedenken der Folgen und ohne weiteres Nachsinnen darüber, ob nicht ein anderes Mittel eben so wohl zum Ziele führe, zur Ausführung bringt, characterisirt sie als ein vollkommenes Kind. Sie fühlt freilich ein ängstliches Gefühl nach vollführter That, verschweigt diese auch, weil sie Strafe befürchtet, befindet sich aber doch ganz wohl in der interimistischen Wohnung, wo das Alleinschlafen aufgehört hat. Erst als die Gefahr desselben ihr wieder näher tritt, erwacht von Neuem ihre Angst, treibt sie wiederum zum Versuch der Brandstiftung, durch welche sie das erste Mal ihren Zweck erreicht hatte; die in ihr erwachten ängstlichen Gefühle waren, wie es bei einem Kinde gewöhnlich ist, derzeit in den

Hintergrund getreten, wenn nicht längst vergessen; und daß sie von Neuem zur Brandstiftung greift, deutet entschieden darauf hin, daß sie dieselbe in ihrer kindischen Auffassung überall nicht als ein Verbrechen, sondern nur als Mittel zur Erlangung ihres Zweckes betrachtet hat.

Die Bedenken aber, welche schon aus dieser Betrachtung der That gegen die Zurechnungsfähigkeit der Inculpatin sich erheben, müssen zur unzweifelhaften Geltung gelangen, wenn man das erstattete Gutachten des Physicats und die vorliegenden anderweitigen Zeugnisse über ihren geistigen Zustand in Betracht zieht. Die Erziehung der Inculpatin ist eine sehr mangelhafte gewesen, da ihr Vater, ein Holzsäger, aus zwei Ehen 19 Kinder zu versorgen hatte. Ihr Schulbesuch ist theils wegen Krankheit, theils wegen Noth im älterlichen Hause sehr unregelmäßig gewesen. Dazu ist nach dem Urtheil eines ihrer Lehrer ihre geistige Begabung so gering, daß sie auf der niedrigsten Stufe der intellectuellen Bildung stehen geblieben ist, wie sie denn auch, nachdem sie sieben Jahre in der Elementarschule zugebracht hat, kaum fähig gewesen, in die Hauptklasse versetzt zu werden, und bei allen öffentlichen Schulprüfungen dem Pastor Stinde in Lensahn als eine mit sehr schwacher Fassungskraft begabte, allen ihren Altersgenossen und Mitschülerinnen an geistiger Entwickelung und Fortbildung weit nachstehende Schülerin erschienen ist. Ihr vorgedachter Lehrer bezeugt, daß sie zwar lesen könne, auch einige biblische Thatsachen, sowie Bibelsprüche und Gesangverse, mit dem Gedächtniß gefaßt habe, aber in der eigentlichen Erkenntniß der Religionslehre, sowie auch der weltlichen Lebensverhältnisse auf der Stufe stehe, welche ein nur etwas begabtes Kind etwa im achten Lebensjahre erreicht habe. Dieses Urtheil von Lehrer und Prediger findet in den Beobachtungen des Physicus seine vollkommene Bestätigung. Hiernach ist die Inculpatin zwar körperlich gesund und gut entwickelt, und von temporairen krankhaften Neigungen, wie man sie wohl in der Evolutionszeit antrifft, ist hier keine Spur, da bei diesem Kinde das Geschlechtsleben noch gänzlich ruht. Allein man begegnet einem so geringen Maaß von Verstandeskräften und namentlich von moralischer Vernunft, daß der Arzt zuerst in Zweifel sich befand, ob nicht Krankhaftes in dieser Sphäre aufzufinden sein müsse. Es ist aber bei näherer Untersuchung keine Alienation der einzelnen mentalen Vermögen bemerkbar gewesen, sondern nur ein wunderbar unentwickelter Verstand und eine erstaunenswerthe moralische Einfalt vorhanden, ein physischer Zustand, wie man ihn bei 6—8jährigen Kindern trifft, die **fatuitas puerilis** dieses Lebensalters. Von den Proben der mit ihr geführten Unterhaltungen, welche der Physicus gegeben hat, mag nur erwähnt werden, daß sie die Zahl ihrer Geschwister zuerst auf vier angegeben hat, dann zwar erinnert, ihre Aeltern hätten ihr einmal gesagt, sie hätten 19 Kinder gehabt, aber die noch lebenden nicht aufzuzählen vermag, daß sie bekannte Thiere nicht nach Merkmalen zu unterscheiden weiß, daß die Idee der Gottheit ihr fremd zu sein scheint und Jesus ihr ein Mann ist, welcher die ganze Welt erschaffen hat, daß sie die zehn Gebote zwar herzuplappern weiß, aber den Inhalt derselben allganz nicht begriffen hat. Die Ansicht des Physicats ging demnach dahin, daß wegen der anwesenden **fatuitas puerilis** des sechsten bis achten Lebensjahres die Zurechnungsfähigkeit der 14jährigen Inculpatin wie die eines 6—8jährigen Kindes zu beurtheilen sei.

Es stand also im vorliegenden Fall, da an eine geübte Verstellung der Inculpatin dem Physicat gegenüber, wie auch von diesem bemerkt wird, schon mit Rücksicht auf die bestätigenden Zeugnisse ihrer Lehrer nicht gedacht werden konnte, die Handlung eines Kindes zur Frage, welches zwar factisch wiederholt in die Rechtsordnung eingegriffen hat, bei welchem aber von einer bewußten Auflehnung gegen dieselbe nicht die Rede sein kann; und das Obercriminalgericht erkannte, daß die Inculpatin, wie nicht allein der ihr bestellte Defensor, sondern auch das Justitiariat beantragt hatte, mit aller criminellen Strafe zu verschonen sei, ohne daß die Verhängung einer disciplinarischen Züchtigung, da die Inculpatin zwar geistig ein Kind, aber doch dem Alter nach ein fast 15jähriges Mädchen war, für angemessen erachtet werden konnte.

Das abgegebene Erkenntniß lautet folgendermaaßen:

Von Obercriminalgerichtswegen

wird dem Justitiariat der Großherzoglich Holstein-Oldenburgischen Fideicommißgüter bei Zurücksendung der unterm 30. v. Mts. hieselbst eingegangenen Untersuchungsacten wider Johanna Christine Louise Paasch aus Lensahn, wegen Brandstiftung, hiedurch eröffnet:

daß,

in Erwägung, daß die Inculpatin nach ihrem Geständniß, welches mit den sonst ermittelten Umständen übereinstimmt, am 25. April d. J. den Entschluß gefaßt hat, den Stall ihres derzeitigen Dienstherrn, des Eigenkäthners und Rademachers Jochim Franck in Beschendorf, anzuzünden, damit, wenn dieser in Brand gerathe, auch das nahegelegene Wohnhaus niederbrenne, daß sie in Ausführung dieses Entschlusses sich gleich nach Mittag nach dem Stall begeben und hier vermittelst eines zu dem Ende mitgenommenen Reibzündholzes das auf dem Boden befindlich gewesene

Heu in Brand gesteckt hat, worauf sowohl der Stall wie das Wohnhaus abgebrannt sind;

in Erwägung, daß, nachdem die abgebrannten Gebäude wieder aufgebaut waren, die Inculpatin von Neuem am Abend des 29. Juli d. J. dieselben dadurch niederzubrennen versucht hat, daß sie einen Strohhaufen, welcher nicht weit von dem Stalle entfernt lag, vermittelst eines Reibzündholzes entzündete, daß indeß das Feuer alsbald entdeckt und gelöscht worden ist, ohne daß Stall und Wohnhaus beschädigt wurden;

in Erwägung, daß Inculpatin als Motiv der von ihr solchemnach vollendeten und versuchten Brandstiftung die Furcht vor dem Alleinschlafen und insbesondere die Angst angegeben hat, in welche sie dadurch versetzt worden, daß in der Nacht, welche ihrer ersten Brandstiftung vorherging, eine kleine Ziege, welche des Nachts in der an ihre Schlafkammer stoßenden Werkstätte sich aufhielt, durch die unverschlossene Zwischenthür in ihre Schlafkammer hineingedrungen ist und sie durch ihr Meckern aus dem Schlafe aufgeschreckt hat, worüber sie ein solches Grauen empfunden, daß sie dort nicht mehr allein habe schlafen mögen, und daher, um das Aufhören des Alleinschlafens zu bewirken und das Wiederkommen der Ziege zu verhindern, sich zur Brandstiftung entschlossen, auch späterhin wieder Feuer zu stiften gesucht habe, weil sie gefürchtet, daß, wenn ihre Dienstherrschaft in die aufgebaute Kathe hineinzöge, sie wiederum allein werde schlafen müssen; und

in Erwägung, daß, wenn die Inculpatin auch schon zur Zeit der ersten Brandstiftung das 14te Lebensjahr überschritten hatte, doch das angegebene Motiv der That als ein durchaus kindisches erscheint, daß ferner die Inculpatin nach dem Urtheil ihres Lehrers auf einer sehr niedrigen Stufe geistiger Entwickelung steht, auch das von dem Physicat erstattete Gutachten dahin lautet, daß wegen der anwesenden fatuitas puerilis des sechsten bis achten Lebensjahres die Zurechnungsfähigkeit der 14jährigen Inculpatin wie die eines sechs- bis achtjährigen Kindes zu beurtheilen sei, so daß daher die von ihr begangenen rechtswidrigen Handlungen ihr nicht zur verbrecherischen Schuld können zugerechnet werden,

die Inculpatin Johanna Christine Louise Paasch aus Lensahn mit Beziehung auf die von ihr vollendete und versuchte Brandstiftung mit crimineller Strafe zu verschonen ist.

Dieses Erkenntniß ist der Inculpatin zu publiciren und ihr bei der Entlassung aus der Haft die ernste Verwarnung zu ertheilen, daß sie im Fall wiederholter Begehung einer Brandstiftung eine strenge Bestrafung zu gewärtigen haben werde.

Die Veranlassung desjenigen, was in Betreff fernerer Beaufsichtigung der Inculpatin und namentlich der Sorge für ihre bessere Erziehung als erforderlich erscheinen möchte, bleibt dem Ermessen des Justitiariats überlassen.

Urkundlich rc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obercriminalgerichte zu Glückstadt, den 13. December 1855.

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen **Henrici** *und* **Lucht.**
Gedruckt bei **Augustin** *in Glückstadt.*

8. Stück. Den 25. Februar 1856.

Ueber den Sinn und die practische Bedeutung der Verordnung Christians des Vierten vom 6. December 1623, daß in den Städten Lübischen Rechts die Aeltern ihren abgetheilten Kindern anders nicht, als wenn sie keine mitabgetheilte vollbürtige Geschwister hinterlassen, erben sollen.

Von dem Herrn Advocaten **Mannhardt** in Rendsburg.

Wenn in beerbter Ehe der eine Ehegatte verstirbt und, nachdem der überlebende mit den Kindern Erbtheilung gehalten, auch eines der Kinder ohne Leibeserben mit Tode abgeht, so kann ein solcher Erbfall, je nach seiner speciellen Beschaffenheit, im Gebiete des Lübschen Rechts, insonderheit mit Rücksicht auf die Verordnung vom 6. December 1623 (**C. Const. Hols.** Bd. **I. pag.** 150, 51), eigenthümliche Schwierigkeiten darbieten. Ueber den wahren Sinn und die practische Bedeutung dieser Verordnung für das heutige Recht ist man sich keineswegs einig. Zwar findet sich in den Falck'schen Sammlungen aus den Schleswig-Holsteinischen Anzeigen Bd. 5 **pag.** 139 ff. ein einschlägiges Präjudicat des früheren Holsteinischen Obergerichts vom 15. Februar 1816, welchem eine die gedachte Verordnung interpretirende Abhandlung vorangeschickt ist. Allein Falck selbst greift in einem Nachtrage (**l. cit. pag.** 517 ff.) die Ansicht des Obergerichts mit nicht unerheblichen und nicht widerlegten Gründen an. Und überall dürfte, soweit der Verfasser gegenwärtiger Abhandlung die Praxis bei Erbtheilungen in Fällen voranngestellter Art kennen zu lernen Gelegenheit hatte, diese theils noch für schwankend gehalten werden, theils wenigstens nicht auf einem klaren Verständniß der Verordnung vom 6. December 1623 und ihres Verhältnisses zu den Bestimmungen des Lübschen Rechtsbuches beruhen. Eine nähere Untersuchung über die in der Ueberschrift angedeutete Frage wird daher als eine dem wissenschaftlichen und practischen Bedürfniß nicht unangemessene Aufgabe betrachtet werden können.

Der vorausgesetzte Erbfall ist im Allgemeinen folgender: Ein **parens superstes** hat mit seinen Kindern Theilung gehalten. Nachher verstirbt eins der Kinder, ohne selbst Leibeserben zu hinterlassen. Nun sind folgende nach Lübschem Recht relevante Unterfälle möglich:

1) entweder die Theilung war eine gänzliche Absonderung von dem Gute des vorverstorbenen und des überlebenden **parens**, oder
2) sie war blos eine Erbtheilung nach dem vorverstorbenen **parens.**

Im ersteren Falle ist die Gütergemeinschaft des Lübschen Rechts zwischen dem **parens superstes** und seinen Kindern gänzlich aufgehoben, im zweiten Falle bestehet sie noch **quoad bona** des **parens superstes,** während sie nur hinsichtlich des von dem verstorbenen **parens** herrührenden Erbguts aufgehört hat. In beiden Fällen aber kann es sein, daß die Kinder zugleich unter sich auftheilen, oder daß sie das ihnen Ab- und Zugetheilte unter sich als Gesammtgut behalten.

Was nun den ersten jener beiden Hauptfälle betrifft, wenn nämlich ein Kind ohne Leibeserben verstirbt, nachdem es mit seinen Vollgeschwistern von dem **parens superstes** gänzlich abgesondert war, so bietet dieser keine Schwierigkeiten dar, und ist nur deshalb hier erwähnt worden, um ihn von der ferneren Untersuchung auszuscheiden. Das Lübsche Recht verfügt nämlich im **II.** Buch tit. 2 Art. 7:

> Seynd Kinder von ihren Aeltern abgesondert (**cf. Art.** 33. 34. **J. Lub. II.** 2) und der eines ohne Leibeserben verstürbe, das vererbt sein

nachgelassen Gut auff seine mit abgesonderte Brüder und Schwestern. Wo aber derselben keine vorhanden, alßdann auf die unabgesonderten. Were aber kein abgesondertes oder unabgesondertes Kind oder derselben Leibes Erben mehr im Leben, so fället das Gut auff die Aeltern.

und daselbst im 13. Artikel:

Voll-Brüder und voll-Schwestern aber seynd neher wann sie abgescheiden sein, dann Vater und Mutter. Soferne sie aber von den Aeltern nicht abgesondert, so seynd die Aeltern neher dann Brüder und Schwestern.

Von der Erbschaft eines abgesonderten Kindes schließen dessen vollbürtige Geschwister, und zwar **primo loco** die abgesonderten, **secundo loco** die nicht abgesonderten in jedem Falle die Aeltern aus. So die klare Vorschrift des Lübschen Rechts.

Die Verordnung vom 6. December 1623 nun führt die Ueberschrift:

Verordnung, daß in den Städten Lübschen Rechts die Aeltern ihren abgetheilten Kindern anders nicht, als wenn sie keine mitabgetheilte vollbürtige Geschwister hinterlassen, erben sollen.

Die dispositiven Worte sind, nachdem im Eingange der Verordnung die Fälle, für welche dieselbe erlassen ist, näher festgestellt worden, ganz der Ueberschrift gemäß. Sie lauten:

Wann vollbürtige Brüder oder Schwester durch Erbschichtung oder Ausweisung von dem noch lebenden Vater oder Mutter entweder zum halben Theil oder gänzlich abgesondert und derselben eines ohne Leibeserben verstürbe, daß alsdann des verstorbenen vollbürtigen Bruders oder Schwesters Nachlaß nicht auf den Vater oder die Mutter, sondern auf seine vollbürtige Brüder und Schwestern verfallen solle; wenn aber deren keiner mehr am Leben, so verfällt des letzten Erbschaft billig auf die Aeltern.

Es könnte zwar scheinen, als ob die in der Ueberschrift enthaltene Restriction auf den Fall, wenn das abgetheilte verstorbene Kind mitabgetheilte Geschwister hinterlassen hat, in den dispositiven Worten der Verordnung ganz weggelassen, und daher der Sinn der Verordnung ein weiterer wäre, als die Ueberschrift andeutet. Allein diese Differenz dürfte doch nur eine scheinbare sein. Denn der Fall, welcher in den **verbis dispositivis** vorausgesetzt wird, ist deutlich nur der:

Wenn ein **parens superstes** (alle) seine Kinder abtheilt, und dann von diesen abgetheilten Kindern eins verstirbt;

ein Fall, in dem die hinterbliebenen Geschwister mitabgetheilte Geschwister des Erblassers sind. Von der Concurrenz nicht abgetheilter Geschwister ist hier gar nicht die Rede. Die Ueberschrift spricht sich in dieser Beziehung nur präciser aus. Daraus nun, daß die Verordnung bloß mitabgetheilte Geschwister unter sich den Aeltern gegenüber in ihrem Erbrechte bevorzugt, könnte mit Grund gefolgert werden, daß nach der Verordnung, oder vielmehr in Consequenz derselben, entweder

1) die Aeltern in der Erbfolge nach einem abgetheilten Kinde den nicht abgetheilten überall vorgehen, oder wenigstens,

2) daß ein abgetheiltes Kind, je nach Verschiedenheit des Falles, möglicher Weise von dem **parens**, mit Ausschluß der nicht abgetheilten vollbürtigen Geschwister beerbt werden könne.

Wäre aber Eins oder das Andere im Sinne der Verordnung, so würde dieselbe für den Fall, welchen wir hier zunächst behandeln, den Fall nämlich, da das verstorbene Kind ein gänzlich abgesondertes war, einen klaren Widerspruch mit dem oben gesetzlich belegten und allgemein anerkannten Grundsatz des Lübschen Rechts enthalten, wonach abgesonderte Kinder ohne Leibeserben **primo loco** von den mitabgesonderten, **secundo loco** von den nicht abgesonderten Vollgeschwistern und erst **tertio loco** von den Aeltern beerbt werden. Es würde mithin durch die Verordnung das Erbrecht des Lübschen Rechts zu Gunsten der Aeltern im Widerspruche mit dem Statut erweitert sein. Das ist jedoch nicht möglich, wenn man den ausgesprochenen Zweck der Verordnung ins Auge faßt, welche gerade darauf ausgeht, das Erbrecht der Aeltern auf das streng dem Statut entsprechende Maaß zu reduciren.

Und doch läßt sich jene Consequenz, als in der Verordnung liegend und aus derselben hervorgehend, nicht ableugnen. Es liegt daher die Annahme sehr nahe, daß dieselbe keineswegs ausschließlich Fälle vor Augen habe, da die Kinder gänzlich abgesondert sind, vielmehr von abgetheilten Kindern in weiterer Bedeutung spreche, in der Art, daß eben so wohl particulair abgetheilte, als gänzlich abgesonderte darunter zu verstehen sind. Ist aber diese Annahme richtig, so läßt sich die oben **sub** 2 als Minimum aus den Worten der Verordnung abgeleitete Folgerung,

daß es Fälle geben könne, in denen in der Beerbung eines abgetheilten Kindes (wenn solches nämlich nur vom Gute des verstorbenen **parens** abgetheilt war) der **parens superstes** den Vollgeschwistern des Erblassers vorgehe,

sehr wohl mit den sonstigen Bestimmungen des Lübschen Rechts vereinigen,

cf. Art. 13, 33, 34 **J. Lub. II.** 2.

Es wird dies sogar in Fällen der particulairen Abtheilung als die Regel angesehen werden müssen, welche Regel durch die Verordnung, deren klar ausgesprochener **ratio** zufolge, zu Gunsten des Erbrechts der Geschwister so beschränkt werden soll, wie es der Gesetzgeber der richtigen Interpretation des Lübschen Rechts gemäß erachtet.

Diese Ansicht nun wird weiter unten noch näher auszuführen sein; an diesem Orte dürfte das bisherige genügen, um darzuthun, daß für die Beerbung eines gänzlich abgesonderten Kindes die Verordnung vom 6. December 1623 gar nicht in Betracht kommen kann. Denn sie hat die oben angeführten klaren Vorschriften des Lübschen Rechts (**art.** 7, 13 **Lib. II. tit.** 2) als bloße Voraussetzungen in sich aufgenommen, will auch im Allgemeinen keineswegs das Erbrecht der Aeltern gegen das der Geschwister erweitern, sondern im Gegentheil einer fehlerhaften Interpretation gegenüber beschränken; es ist mithin nicht zu bezweifeln, daß das die Aeltern in jedem Fall ausschließende Erbrecht der vollbürtigen Geschwister nach einem **s. str.** abgesonderten Kinde durch die Verordnung weder beschränkt noch überall alterirt worden ist.

Der zweite der oben hervorgehobenen Fälle ist der, daß der **parens superstes** blos das Gut des verstorbenen Ehegatten mit den Kindern theilt, und nachher eins der so particulair abgetheilten Kinder verstirbt. Wer erbt nun? der **parens superstes** oder die vollbürtigen Geschwister? Nach dem Lübischen Rechtsbuche scheint auch die Entscheidung dieses Falles auf den ersten Blick sehr einfach zu sein. Abgetheilte Kinder der hier erwähnten Art sind nach **art.** 33, 34 **J. Lub. II.** 2 nicht abgesonderte Kinder, sondern mit dem **parens' superstes** hinsichtlich seines Vermögens noch in Gütergemeinschaft geblieben. Mithin sollte man glauben, daß im gegenwärtigen Falle das Erbrecht des **parens superstes** dem der Geschwister vorgehen müsse nach **art. 13 ibid.**

Einen Zweifel darüber, ob diese Ansicht ganz **indistincte** richtig, kann nur der Art. 6 **ibid.** erwecken. Dieser Artikel besagt nämlich:

> Wann ein Mann und Frau Kinder mit einander haben, verstirbet ihrer eins, es sei Mann oder Weib, welches überbleibet, das theilet das Gut mit den Kindern, so nicht abgesondert sein: Verstürbe nun der Kinder eines, mit welchen die Aeltern dermassen getheilet, ehe und zuvorn die Kinder unter sich selbst getheilet hätten, so vererbet dasselbe sein Theil auff die andern, welche mit ihme im gesammten Gute gesessen, zu gleichen Theilen, weß Alters die auch sein, jung oder alt: Hätten sich die Aeltern aber nicht abgetheilet von den Kindern, so verfället das Gut auff die Aeltern, so noch am Leben.

Wenn es nun ausgemacht wäre, daß unter den in diesem Artikel vorkommenden Ausdrücken: „das theilet das Gut mit den Kindern" und „dermaßen abgetheilte Kinder" nicht bloß die gänzliche Absonderung, sondern auch die particulaire Theilung des Nachlasses des verstorbenen **parens** zu verstehen, so wäre hier allerdings ein Fall gegeben, in welchem auch nicht **s. str.** abgesonderte Kinder sich unter einander mit Ausschluß des **parens** beerben würden, der Fall nämlich, wenn sie das ihnen zugetheilte Erbgut des verstorbenen **parens** unter sich nicht aufgetheilt haben, sondern dasselbe noch als Gesammtgut besitzen.

In der That aber dürfte der 6te Artikel **J. Lub. II.** 2 eben nur so und nicht anders zu verstehen sein, und zwar aus folgenden Gründen:

1) Nur durch eine solche Auffassung erhält dieser Artikel eine bestimmte Stelle und Bedeutung im System des Lübschen Erbrechts, während er bei gegentheiliger Interpretation überflüssig, ja sogar widersprechend und daher nur verwirrend sein würde. Gesetzt nämlich, unter der hier besprochenen Theilung oder Abtheilung des **parens superstes** mit seinen Kindern wäre ausschließlich eine totale Absonderung zu verstehen, so wäre zur Beurtheilung des supponirten Falles der Art. 7 und 13 völlig ausreichend, wo deutlich und klar gesagt wird, daß die vollbürtigen Geschwister überall und in jedem Falle die Aeltern von der Erbschaft ausschließen. Die in dem Art. 6 hinzugefügte Bedingung aber, wenn die Geschwister unter sich noch nicht aufgetheilt haben, wäre entweder ein ganz müssiger und bedeutungsloser Zusatz, der gar nicht beachtet werden dürfte, wie er doch in einem Gesetze nicht angenommen werden darf; oder sie würde mit dem Inhalt der Art. 7, 13 und mit dem, was darnach anerkanntes Lübsches Recht ist, einen unauflöslichen Widerspruch enthalten. Denn hat jene Bedingung überall eine Bedeutung, so kann es doch nur die sein, daß die Aeltern im Erbrechte den Vollgeschwistern vorgehen, wenn diese ihr Zugetheiltes unter sich wiederum aufgetheilt haben. Doch aber ist nichts gewisser, als daß es bei **s. str.** abgesonderten Kindern, welche sich unter einander stets mit Ausschluß der Aeltern beerben, nicht darauf ankommt, ob sie unter sich in Gemeinschaft verblieben sind oder nicht, da ja bei Beerbung eines abgesonderten Kindes sogar die nicht abgesonderten Vollgeschwister den Aeltern vorgehen.

2) Versteht man dagegen den Art. 6 so, daß derselbe von dem Erbrechte der abgetheilten Kinder überhaupt, hauptsächlich aber der nur vom Gute des vorverstorbenen **parens** abgetheilten handelt, so erhält diese Stelle einen ganz bestimmten und systematisch richtigen Sinn. Das Verhältniß ist dann folgendes. Bekanntlich ist der Grund des Lübschen Erbrechts ein doppelter: die Gütergemeinschaft zwischen den Ehegatten und mit ihren Kindern, und die Blutsverwandtschaft. Im gegenseitigen Verhältniß zwischen Aeltern, Kindern und Vollgeschwistern nebst deren Kindern geht stets das Erbrecht aus der Gütergemeinschaft dem Erbrechte aus der Blutsverwandtschaft vor. Während bestehender Gütergemeinschaft aber sind beim Tode eines Kindes die Aeltern, mit Ausschluß der Geschwister, die zunächst Erbberechtigten. Wenn dagegen ein abgesondertes, d. h. ganz aus der Gütergemeinschaft ausgeschiedenes Kind stirbt, so wird dasselbe von seinen Geschwistern mit Ausschluß der Aeltern beerbt. Wenn nun aber nach dem Tode eines Ehegatten keine Aufhebung der Gütergemeinschaft zwischen dem Ueberlebenden und seinen Kindern stattgefunden hat, sondern nur das Gut des Verstorbenen zwischen ihnen getheilt worden ist, und zwar so, daß der **parens** seinen Theil für sich genommen hat und die Kinder den ihrigen noch ungetheilt als Gesammtgut besitzen, so sind dadurch offenbar zwei verschiedene Gütergemeinschaften entstanden, eine weitere, welche den **parens superstes** und die „dermaßen abgetheilten" Kinder, und eine engere, welche bloß die letzteren umfaßt, den **parens** aber ausschließt. Nun stirbt eins der Kinder, was ist nach der obigen allgemeinen Regel natürlicher, als daß, so wie die Gütergemeinschaft gegen die Blutsverwandtschaft, so nun auch die engere Gemeinschaft gegen die weitere ihre Rechte geltend macht, und den **parens superstes** ausschließt, zu Gunsten der in der engeren Gütergemeinschaft unter sich verbliebenen Vollgeschwister? Hatten diese aber unter sich ihr Erbgut bereits aufgetheilt, so sind sie aus der engeren Gütergemeinschaft ausgetreten; sie stehen dann bloß noch in der weiteren Gemeinschaft mit dem **parens** und dieser ist folgeweise zunächst zur Erbschaft des verstorbenen Kindes berufen,

cf. Schrader, Handb. der vaterl. Rechte, Bd. I. pag. 217, Note 9.

Demnach möchte es scheinen, als ob der Art. 6 J. Lub. II. 2 sogar ausschließlich einen Fall der particulairen Abtheilung im Auge hätte; und gewiß kann man dies ohne einen practischen Nachtheil annehmen, da über den Fall der totalen Absonderung in den Art. 7, 13 klare und ausreichende Vorschriften enthalten sind. Auf solche Auffassungsweise scheint auch

3) **die Antithese zwischen diesem und dem folgenden Art. 7 hinzuleiten.** Während der letztere speciell das Erbrecht nach **s. str.** abgesonderten Kindern feststellt, und dafür völlig erschöpfende Bestimmungen giebt, wird man logisch consequent, falls es sprachlich zulässig erscheint, den 6ten Artikel von dem Erbrechte nach particulair abgetheilten nicht eigentlich abgesonderten Kindern zu verstehen haben, wofür außer diesem Artikel im Lübschen Rechtsbuche jede specielle Bestimmung fehlt, welche freilich auch nur in dem einen Falle erforderlich war, wenn die particulair abgetheilten Kinder unter sich noch eine engere Gemeinschaft bilden. Uebrigens ist es gar nicht einmal nöthig, den Artikel 6 so exclusiv zu interpretiren; man kann ihn auch als die generelle Bestimmung ansehen, welche beide Arten der Abtheilung umfaßt; dann würde der Art. 7 als die untergeordnete specielle Bestimmung erscheinen, welche den Fall der totalen Absonderung heraushebt und in seinen Rechtsfolgen feststellt. Freilich würde dann etwas unlogisch die Bedingung des Art. 6: „wenn die Kinder unter sich in Gemeinschaft geblieben sind" — nicht allen in demselben begriffenen Fällen beschränkend hinzutreten. Aber ein derartiger logischer Fehler wird in einem so alten Rechtsbuche, wie das revidirte Lübische Stadtrecht ist, eben nicht befremden können, da ein strenges Schematisiren nicht Sache jener Zeit war.

4) Betrachtet man den Inhalt des Art. 6 genauer, so kann man die Worte: „das theilet das Gut mit den Kindern" gewiß nicht als ein Gebot der Realtheilung sofort nach dem Tode des vorverstorbenen Ehegatten auffassen. Denn eine solche Pflicht existirt für den **parens superstes** gar nicht. Derselbe ist vielmehr berechtigt, mit seinen Kindern die früher mit dem verstorbenen Ehegatten bestandene Gütergemeinschaft ohne Auftheilung fortzusetzen, so lange bis er entweder zur zweiten Ehe schreiten will, oder die zu mündigen Jahren gekommenen Kinder die Auskehrung ihres Erbtheils verlangen. Dieses Recht wird durch den Art. 6 gar nicht berührt, ja derselbe setzt in seine sogar selbst den Fall als möglich, daß nach dem Tode des einen **parens** der überlebende **parens** mit den Kindern keine Theilung gehalten hat. Man muß daher die Worte: „das theilet das Gut mit den Kindern, so nicht abgesondert sein" zunächst blos als eine Bestimmung über das Erbrecht nach dem verstorbenen **parens** ansehen, wie das alte Lübsche Recht an der entsprechenden Stelle dies noch deutlicher erkennen läßt,

cf. den Segeberger Codex in **Cronhelm's Corpus stat. Hols. Art. C:**

„Wor ein man vnde frouwe kinder tho
„hope hebben vnde erer ein vorsteruet
„idt sy man offte wiff welck ere de dat
„leuent beholth van den beiden myth

„den kinderen sodane gudth dar denne
„na blifft dat hort deme manne
„offte der vruwen myth den kin-
„deren" u. s. w.

Im weiteren Verfolg des Artikels werden dann die beiden Fälle unterschieden, wenn die Theilung wirklich vollzogen ist, und wenn dies nicht geschehen,

verbis: „mit welchen die Aeltern dermaaßen getheilet" — und: „hätten sich die Aeltern aber nicht abgetheilet von den Kindern" — —

Diese beiden Fälle sind mithin als Hypothesen aufzufassen, an welche dann als Conclusion die Bestimmung über das Erbrecht nach einem „dermaaßen" abgetheilten oder nicht abgetheilten Kinde sich anschließt. Hier haben wir es nur mit dem ersten Falle zu thun, wenn nämlich die Theilung zwischen dem **parens superstes** und den nicht abgesonderten Kindern wirklich vollzogen ist.

5) Wenn nun eine solche Theilung wirklich stattfindet, sei es, daß der **parens superstes** dieselbe freiwillig herbeiführt, oder daß gesetzliche Gründe eintreten, wodurch dieselbe nothwendig wird (der erste Fall des Art. 6), so kann man ihr unmöglich **indistincte** eine weitere Ausdehnung beilegen, als welche ihr zu geben der abtheilende **parens** verpflichtet ist. Diese Pflicht erstreckt sich aber ganz entschieden nicht weiter, als auf eine Erbtheilung nach dem verstorbenen Ehegatten. Denn das eigene Vermögen braucht Niemand, welche Ereignisse auch eintreten mögen, bei Lebzeiten seinen Kindern herauszugeben; thut er es dennoch, sondert der **parens** nach Lübschem Rechte seine Kinder gänzlich von sich und von dem Gute des Verstorbenen ab, so ist dies sein eigner freier Wille.

Art. 9, 21, 29 **J. Lub. II.** 2.

cf. Mehlen, von der gesetzlichen Erbfolge nach Lübschem Recht, § 28.

Zwar behauptet Mehlen, eine solche particulaire Abtheilung, bei welcher die Kinder mit dem **parens superstes** hinsichtlich seines eigenen Vermögens **in communione** verbleiben, könne nur nach gemeinschaftlicher Beliebung der Interessenten stattfinden. Diese Ansicht dürfte jedoch nicht ganz richtig sein. Denn das Lübsche Recht räumt den Kindern nirgends die Befugniß ein, eine totale Absonderung zu verlangen, sondern spricht nur davon, daß die Kinder oder deren Vormünder, wenn der **parens superstes** einen Ausspruch thun will in der Absicht und Meinung, die Kinder gänzlich abzusondern, ihnen aber dadurch (der Quantität nach) kein Genüge geschiehet, das Recht haben sollen, dagegen zu protestiren und sich die **successio ex capite communionis** für den Todesfall des noch lebenden **parens** in dessen Vermögen offen zu halten.

cf. Art. 33, 34 **J. Lub. II.** 2.

Mehlen selbst bezeugt auch gleich darauf, daß die particulaire Abtheilung, die bloße Erbtheilung nach dem verstorbenen **parens**, an vielen Orten das Gewöhnliche sei; und der Verfasser eines Gutachtens in den Falck'schen Sammlungen aus den Schl. Holst. Anzeigen Bd. **IV. pag.** 241 sagt, in Uebereinstimmung mit unserer Ansicht, es stehe dem überlebenden Ehegatten nach Lübschem Rechte völlig frei und in dessen Belieben, mit den vorhandenen Kindern eine partiale Theilung der Güter des todesverfahrenen Ehegatten **in capita** vorzunehmen, oder nach seiner Convenienz diese Kinder durch Theilung oder Ausspruch von beider Aeltern Güter gänzlich abzusondern.

Diese Ansicht dürfte auch, soweit Verfasser hierüber Erfahrungen zu sammeln Gelegenheit hatte, in den Holsteinischen Städten von der Praxis unbestritten anerkannt werden, und demzufolge überall die theilweise Absonderung die Regel bilden, die gänzliche Absonderung der Kinder aber nur ausnahmsweise unter besonderen Umständen vorkommen. Dem entsprechen auch die später als die Einführung des Lübschen Rechts erlassenen landesherrlichen Verordnungen, insonderheit die Verordnung vom 12. October 1717 (**C. Const. Hols. I. pag.** 161) und die Holsteinische Vormünderverordnung (**ibid. pag.** 163 ff.) § **III** (und **V**). Letztere besagt nämlich im § **III**, auf welchen der § **V** zurückbezogen werden muß, da hinsichtlich der materiellen Grundsätze der Abtheilung kein Unterschied dadurch entstehen kann, ob Mann oder Frau überlebte und zur Theilung schreitet, — wie denn auch die Verordnung vom 12. October 1717 von beiden Ehegatten ganz gleichmäßig redet:

„Resolviret der Vater zur andern Ehe zu schrei-
„ten, so soll derselbe nach Anweisung der 1717
„den 12. October ergangenen Verordnung mit
„den Kindern erster Ehe oder deren Vormündern
„des mütterlichen oder beides mütter- und väter-
„lichen Guts halber nach jeden Orts Rechten
„zuvörderst Richtigkeit treffen" u. s. w.

(Die Fortsetzung folgt.)

Criminalfall.

Brandstiftung jugendlicher Inculpaten.

Dritter Fall

(zugleich den Einfluß der Suggestivfragen auf die Beweiskraft des Geständnisses betreffend).

Im Dorfe Krummwisch, adel. Guts Groß-Nordsee, brach am 17. August 1854, Abends um 6 Uhr, in einer von vier Tagelöhner-Familien bewohnten Kathe Feuer aus. Die Kathe lag mitten im Dorfe, die sie umgebenden Gebäude schützte aber eine überaus günstige Richtung des Windes. Die Kathe selbst dagegen brannte vollständig nieder. Sie gehörte der Gutsherrschaft und war zu 960 ℛ︁ bei der adeligen Brandgilde versichert, deren Schade mit Einschluß der versicherten Mobilien im Ganzen 1566 ℛ︁ 2 β betrug. Außerdem büßten die Tagelöhner Claus Passig und Franz Detlev Hinrich Sell einen großen Theil ihrer unversicherten Habe bei dem Brande ein und Letzterer allein schätzt seinen Schaden auf 160 ℛ︁, so daß man dem Justitiariat unbedenklich darin wird beistimmen dürfen, daß der durch den Brandfall verursachte Schade im Ganzen mindestens auf 1800 ℛ︁ veranschlagt werden müßte.

Bei einem der Bewohner der Kathe, dem Tagelöhner Johann Christian Sell, stand ein junges, noch nicht 15jähriges Mädchen im Dienst, welches gleich bei der ersten polizeilichen Untersuchung durch augenscheinlich falsche Angaben über die Entstehung des Feuers sich verdächtig machte und schon am 19. August dem Gutsbesitzer Hirschfeld bekannte, die Kathe in Brand gesteckt zu haben, um aus dem Dienste zu kommen, in welcher Veranlassung sodann die vorliegende Untersuchung vom Justitiariat des adel. Guts Groß-Nordsee eingeleitet worden ist.

Die Inculpatin Maria Catharina Jöbnk ist im Gute Marutendorf am 21. November 1839 geboren und war also zur Zeit der That 14 Jahre und ca. 9 Monate alt. Sie hatte noch nicht menstruirt und ihre körperliche, noch mehr aber ihre geistige Entwickelung war in jeder Beziehung weit zurück. Sie konnte nicht schreiben, kaum bis vierzig zählen, hatte äußerst geringe Fertigkeit im Lesen, konnte nur mit Mühe das Vaterunser hersagen, kannte die zehn Gebote nicht und wußte nicht, wer Jesus Christus sei. Dennoch war sie nach erfolgter Dispensation um Ostern 1854 in Geltorf confirmirt worden, wie der dortige Pastor Petersen bemerkt, weil er sich überzeugt gehalten, daß sie, die nur im letzten Jahre die Schule einigermaaßen regelmäßig besucht, nach einem Jahre nicht weiter sein werde, er es aber für sie sehr wünschenswerth gehalten, daß sie von der Mutter, welche im Wittwenstande schon ein Mal außerehelich geboren und nun dem Gerüchte zufolge ein zweites uneheliches Kind erwartet habe, baldmöglichst getrennt werde.

Inculpatin hatte vor 6 Jahren ihren Vater verloren und bei ihrer Mutter, die Armenunterstützung erhielt und den Tag über meistentheils nicht zu Hause war, ein sehr ungebundenes Leben geführt. Bei dem Schullehrer Berg in Krummwisch, bei dem sie gleich nach der Confirmation in Dienst gekommen, war man im Uebrigen ganz wohl mit ihr zufrieden gewesen, sie hatte aber häufig allerlei Lügen vorgebracht, um die Erlaubniß zu erhalten, ihre Mutter zu besuchen, war viel nach einer Anhöhe gelaufen, von wo sie nach der Gegend, wo die mütterliche Wohnung lag, eine Aussicht hatte, und ihr immer mehr Ueberhand nehmendes Heimweh, was besonders, wenn sie zum Besuch bei der Mutter gewesen, sich zuweilen so stark ausprägte, daß sie in 24 Stunden weder essen noch trinken mochte, hatte den Schullehrer Berg endlich bestimmt, sie nach 3 Wochen schon wieder aus seinem Dienste zu entlassen. Darauf war sie dann zu dem Tagelöhner Sell in Dienst gekommen. Auch hier war es ihr nicht viel besser gegangen. Ihre Sehnsucht nach der Mutter hatte sich häufig, wenn sie mit den Sell'schen Kindern allein war, in Thränen und dem Ausruf: „ach Gott, wenn ich doch bei meiner Mutter wäre!" Luft gemacht. Gegen ihre Dienstherrschaft hatte sie aber nie solche Klagen laut werden lassen, wohl aber wiederholt den Wunsch geäußert, abgehen zu können und es war ihr auch deshalb, so wie, weil man mit ihr nicht zufrieden war, angekündigt, daß sie am 1. November wieder aus dem Dienst treten solle. Die Sell klagt namentlich darüber, daß das Mädchen die ihrer Wartung anvertrauten Kinder vernachlässigt und nicht gut behandelt, auch, wenn sie Erlaubniß erhalten, die Mutter zu besuchen, die Nacht ausgeblieben sei. Inculpatin hatte sich dadurch häufig von der Sell, die mit andern Kindern, welche früher bei ihr gedient, nicht gescholten haben soll, Ausschelte zugezogen, was sich auch noch am Tage des Brandes wiederholt hatte. Ihr war am Tage vorher die Erlaubniß ertheilt worden, ihre Mutter zu besuchen, und ungeachtet ihr dabei ausdrücklich zur Bedingung gemacht war, daß sie am selbigen Abend wieder zurückkehren solle, war sie doch die Nacht wieder ausgeblieben und erst nach 6 Uhr, wo schon die übrigen Tagelöhner zu Hofe gegangen, endlich angelangt, worüber die Sell, welche ein Dienstmädchen nur aus dem Grunde hielt, um mit ihrem Mann auf Arbeit gehen zu können, begreiflich sehr erzürnt war.

Es lag der Inculpatin ob, während der Abwesen-

heit der Sell'schen Eheleute deren Kinder zu hüten, des Mittags für selbige das Essen warm zu machen und gegen Abend wieder für die zurückkehrende Dienstherrschaft Feuer anzumachen. Nachdem sie an jenem Tage mit Holz, was sie zu dem Ende schon Nachmittags 4 Uhr vom Boden herunter geholt, gegen 6 Uhr Feuer auf dem Heerde angelegt, kam ihr, als sie das Feuer brennen sah, der Gedanke, das Haus anzustecken, um so aus dem Dienst und wieder ins mütterliche Haus zu kommen, und gleich darauf schritt sie zur Ausführung dieses Entschlusses. Zunächst stieg sie wieder auf den Boden, raffte einige Holzspähne, die dort unter einer Schneidebank lagen, zusammen, legte sie unter dem Strohdache zurecht und ging dann wieder in die Küche, holte von dort ein Reibholz, welches sie bei dem Feueranmachen auf dem Heerde hatte liegen lassen, stieg damit wieder auf den Boden, entzündete dasselbe durch Streichen auf die Bodenbretter, hielt es hierauf an die Spähne und eilte, nachdem diese und das Strohdach Feuer gefangen hatten, wieder herunter, nahm das jüngste allein in der Wohnung ihrer Dienstherrschaft befindliche Kind auf den Arm und stellte sich nun auf die Straße, um den Ausbruch des Feuers zu erwarten.

Nachdem sie zur Untersuchung gezogen worden, legte sie wiederholt das Geständniß ab, die Brandstiftung auf die angegebene Weise begangen zu haben, wobei sie versicherte, daß nur der Wunsch zu ihrer Mutter und von ihrer sie häufig ausscheltenden Dienstherrschaft fortzukommen, nicht aber Haß oder Rache sie zur That bestimmt habe; daß ihre und anderer Leute Sachen dabei verbrennen könnten, daran habe sie nicht gedacht und eben so wenig daran, sie zu retten, was am deutlichsten daraus hervorgehe, daß ihre sämmtlichen Kleidungsstücke verbrannt seien. Daß Menschen im Hause wären, daran habe sie wohl gedacht, habe aber nicht geglaubt, daß es Gefahr für dieselben habe, weil es am hellen Tage gewesen und sie hätten herauslaufen können. Als das Haus in Flammen gestanden, habe sie keine Freude über ihre That empfunden, vielmehr habe es ihr sehr leid gethan, so gehandelt zu haben, und habe sie in dem Augenblick auch nicht daran gedacht, nach Hause zu kommen.

Inculpatin war übrigens im Verhör höchst einsilbig, antwortete fast immer nur mit Ja oder Nein und eine vollständig zusammenhängende Erzählung war von ihr nicht zu erlangen. Das Verhör konnte, wie Untersuchungsprotocoll S. 23 bemerkt wird, nur durch Suggestionen in Bezug auf die Motive ihrer That geführt, und auch die thatsächlichsten Umstände konnten nur in Bruchstücken und auf specielle Fragen aus ihr herausgebracht werden. In einem späteren Verhör war sie, wie das Untersuchungsprotocoll S. 33 sagt, etwas freier als früher, jedoch ebenfalls selten zu einer weiteren Antwort als „Ja" und „Nein" zu bewegen, so daß, um wiederholte Geständnisse zu erlangen, ihr directe Fragen gestellt werden mußten, um durch Umwege zu einer bestimmten Antwort zu gelangen. Beispielsweise werden im Protocoll folgende Fragen und Antworten angeführt:

Fr. Als Du das Schwefelholz aus der Küche geholt hattest, was machtest Du dann?
Keine Antwort.
Fr. Setztest Du es in Brand?
Antw. Ja.
Fr. Auf welche Weise?
Keine Antwort.
Fr. Strichst Du es auf der Schneidebank an?
Antw. Nein.
Fr. An der Luke?
Antw. Nein.
Fr. Woran denn?
Antw. An dem Boden.
Fr. Was machtest Du dann damit?
Keine Antwort.
Fr. Stecktest Du ein Licht damit an?
Antw. Nein.
Fr. Was stecktest Du denn damit an?
Antw. Die Spähne.

Als sie im ersten Verhör gefragt wurde, ob sie, ehe sie die That vollführt, daran gedacht, daß sich Menschen im Hause befänden, antwortete sie rasch mit einem Ja. Als aber hierauf weiter inquirirt und die Fragen gestellt wurden, ob sie denn auch daran gedacht, daß diese Menschen verbrennen könnten, ob sie die Absicht gehabt, sie zu retten, und warum sie nicht Feuerlärm gemacht, wurde sie wieder schweigsam und es war weder ein Ja noch ein Nein aus ihr heraus zu bringen. Sie hatte, wie der Inquirent meint, gemerkt, daß sie übereilt die erste Frage bejaht, und als nun weiter gefragt wurde, ob sie auch daran gedacht habe, daß die Sachen der Einwohner verbrennen könnten, erfolgte eine verneinende Antwort.

Auch dem Physikus, Dr. Valentiner in Kiel, dessen Gutachten über die Zurechnungsfähigkeit der Inculpatin auf den Wunsch ihres Defensors eingezogen worden, ist es nicht gelungen, dieselbe auch selbst über gleichgültige und einfache Dinge zu einer selbstständigen, zusammenhängenden Erzählung zu bewegen. Sie hatte übrigens, als sie dem Gerichtsarzte vorgestellt wurde, sich in ihrer körperlichen Erscheinung sehr wesentlich verändert. Sie war nicht mehr das hagere, schlecht genährte Kind, wie sie im Untersuchungsprotocoll geschildert wird. Sie hatte in den 4 bis 5 Monaten auf Groß-Nordsee, wo sie nur die Nächte

im Gefängnisse zubrachte und des Tags bei guter Kost eine angemessene Beschäftigung fand, sehr an Kräften und Umfang zugenommen. Es zeigten sich bei ihr aber auch jetzt noch keine Anzeichen, welche auf die Entwickelung der Pubertät hindeuteten, und so wie der Physikus die Vermuthung des Defensors, als wenn die Inculpatin die That in einem Zustande der Pyromanie begangen haben könnte, als völlig grundlos verwirft, so wird von ihm auch mit dem Bemerken, daß die Jöhnk zwar in grenzenloser Unwissenheit aufgewachsen sei, aber doch unleugbar Verstand genug gehabt, um einzusehen, daß sie eine strafbare Handlung begangen, die Erklärung abgegeben, daß die kleine Brandstifterin unzweifelhaft nicht als unzurechnungsfähig anzusehen sei, wenn auch das Maaß ihrer Zurechnungsfähigkeit, wegen ihrer durch sie nicht verschuldeten Unwissenheit, bedeutend gemildert werde.

Schon vorher hatte auch der frühere Gerichtshalter Graba, in Uebereinstimmung mit der Erklärung des Schullehrers Berg, welcher bemerkt, daß dem Mädchen natürlicher Verstand nicht abgesprochen werden könne, sich in seinem Bericht dahin ausgesprochen, daß die Jöhnk keineswegs dumm sei und es ihr nicht an natürlichem Verstande fehle. Und diese Ansicht theilt auch der gegenwärtige Justitiar, der in seinem bei Einsendung der Defensionsschrift erstatteten Bericht bemerkt: Die Inculpatin, welche jetzt stark und kräftig sei und von Gesundheit strotze, habe klare, große Augen, die keineswegs Dummheit verriethen und mit denen sie offen und frei und mit einer gewissen Munterkeit den mit ihr Sprechenden anschaue, so lange sich das Gespräch nicht auf das von ihr begangene Verbrechen hinwende. So wie dies geschehe, und sei die Hindeutung auch noch so entfernt, so verwandle sich plötzlich wie mit einem Schlage das ganze Wesen der Inculpatin. Die Augen verlören ihren Glanz, sie schlage dieselben zu Boden und sei nur schwer zu bewegen, dem mit ihr Redenden ins Gesicht zu blicken. Ihre Sprache stocke, und es sei nur mit großer Mühe ein „Ja" oder „Nein" aus ihr herauszubringen. Eben so rasch kehre sie zu ihrem unbefangenen, heiteren Wesen zurück, wenn man den ihr so fatalen Gegenstand verlasse. Dies Verhalten der Inculpatin, welches sich bei wiederholten Versuchen immer gleichmäßig gezeigt, berechtige zu dem Schlusse, daß dieselbe, ungeachtet ihrer ans Unglaubliche gränzenden Unwissenheit, doch nicht nur das Verbrecherische ihrer Handlung erkannt, sondern auch so viel Klugheit besitze, um zu begreifen, daß ihr bestes Vertheidigungsmittel darin bestehe, so wenig als möglich auf Erörterungen ihrer That sich einzulassen. Mit ihrer jetzigen Lage scheine sie außerordentlich zufrieden, von einer Sehnsucht nach Hause zu ihrer Mutter sei keine Rede, vielmehr habe sie wiederholt erklärt, daß sie am liebsten bei ihrem Herrn, dem Gutsbesitzer Hirschfeld, bleiben wolle. Daß sie dagegen nur sehr ungern bei ihrer früheren Dienstherrschaft gewesen, gestehe sie willig ein und führe als Grund dafür an, daß die Ehefrau Sell häufig mit ihr gescholten und daß sie bei Sell nicht immer satt geworden sei. Es sei daher wohl nicht so sehr der Wunsch, zu ihrer Mutter zurückzukommen, als vielmehr die aufs Höchste gestiegene Unlust, in ihrem Dienste zu verbleiben, wodurch sie zur Begehung ihres Verbrechens gebracht worden.

Das Justitiariat hat eine 4jährige Zuchthausstrafe in Vorschlag gebracht, während der Defensor auch nach Mittheilung des Physicatsgutachtens noch immer an der Ansicht festhält, die er neben der jetzt aufgegebenen Vermuthung einer Pyromanie in seiner Defensionsschrift ausgesprochen, nämlich, daß die Inculpatin, welche mit unüberwindlicher Sehnsucht nach einer heißgeliebten Mutter zu der Brandstiftung, als dem einzigen Mittel, wodurch sie ihren Wunsch erreichen zu können geglaubt, ihre Zuflucht genommen, nicht als Verbrecherin behandelt und mit crimineller Strafe belegt werden dürfe, sondern als Kind wegen einer kindischen That mit der Ruthe gezüchtigt werden müsse.

(Der Beschluß folgt.)

Allerhöchst privilegirte Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

9. Stück. Den 3. März 1856.

Ueber den Sinn und die practische Bedeutung der Verordnung Christians des Vierten vom **6. December 1623**, daß in den Städten Lübischen Rechtes die Aeltern ihren abgetheilten Kindern anders nicht, als wenn sie keine mitabgetheilte vollbürtige Geschwister hinterlassen, erben sollen.

(Fortsetzung.)

6) Wenn es nun nach den vorstehenden Erörterungen über die Stellung des **Art. 6 J. Lub. II. 2** im System des Lübschen Erbrechts kaum einem Zweifel unterliegen dürfte, daß dieser Artikel in den Worten:

> „das theilet das Gut mit den Kindern, so nicht „abgesondert sein" —

nicht allein nicht ausschließlich einen Fall der totalen Absonderung, sondern sogar vorzugsweise eine bloß particulaire Abtheilung von dem Gute des Verstorbenen vor Augen habe, so ist noch nachzuweisen, daß dieser Sinn des Artikels auch ohne allen dem Ausdruck aufzuerlegenden Zwang angenommen werden kann. Zunächst dürfte hier hervorzuheben sein, daß in dem Lübschen Rechtsbuche das Wort theilen keineswegs eine so streng technische Bedeutung hat, daß darunter mit Nothwendigkeit eine gänzliche Absonderung verstanden werden müßte. Denn es wird auch in allen den Fällen gebraucht, wo der **conjux superstes** ganz entschieden nur das Vermögen des verstorbenen Ehegatten mit den Kindern oder sonstigen Erben zu theilen verpflichtet ist. So z. B. im **art.** 8, 10, 12, 27, 28, 29 **J. Lub. II.** 2. Das Wort „theilen", „Theilung halten" bedeutet vielmehr im Wesentlichen nur die Erbtheilung im Allgemeinen und es ist jedesmal aus dem Zusammenhange zu bestimmen, ob darunter zugleich eine gänzliche Absonderung der Kinder verstanden wird. Für den Art. 6 kommt aber noch der Gegensatz am Schlusse:

> hätten sich die Aeltern (d. h. hier der **parens superstes**) aber nicht abgetheilet von den Kindern, —

in Betracht. Der ganze Bau des Artikels erlaubt offenbar nicht, dieses Wort: „abgetheilet" in einer andern Bedeutung zu nehmen, als in der der Worte: „das theilet das Gut" ꝛc. und: „dermaaßen getheilet" im Anfange. Wenn daher das Wort abgetheilet nur so viel heißen könnte als abgesondert im strengen Sinne, so würde man auch für jene früheren **termini** diese engere Bedeutung schwerlich aufgeben können. Aber auch dem Worte: „abgetheilt" in der Verbindung: „abgetheilte Kinder" oder wie hier: „ein **parens**, welcher sich nach dem Tode des andern Ehegatten von den Kindern abgetheilt hat" dürfte im Lübschen Rechte keineswegs mit Nothwendigkeit diese strenge Bedeutung zukommen, welche nach dem alten Lübschen Rechte sogar nicht einmal dem Worte „abgesondert" zukommt. Das alte Lübsche Recht (vor der Revision von 1586) hat nämlich den Ausdruck „uthghesunderet", das spätere „abgesondert", als allgemeine Bezeichnung für jede Art der Abtheilung, sowohl die particulaire, als die gänzliche vom Gute beider Aeltern; es unterscheidet, wo es auf eine genauere Bestimmung des Begriffs ankommt, zwischen der Absonderung ohne Erbe und der Absonderung zu einem ganzen Ende, oder vom Gute beider Aeltern. So z. B. im **Codex** von 1294, welchen der Kanzler Albrecht von Bardewich zum Gebrauche der Stadt Lübeck schreiben ließ, Art. 19:

> So war en vruwe vnde en man to samenn hebbet Kindern vnde er en vore sterft it sie de man oder dat wif sogedan gut also dar blivet dat schal men schichten twischen deme de dar blivet vnde den kinderen in der were steruet oc der kindern en dat eruet sin del up de anderen kindern de inder were sint to likee delinge se sin lune oder olt steruet oc der kindern en dat

> uthghesunderet is ane erue, it eruet weder an de were up de anderen ꝛc.,

oder im Deutschen Codex der Göttinger Bibliothek Art. 279:

> So war en man vnde vrouwe to samende komet an echteschop vnde kindern vodet to samende vnde storue der eyn vnde worden de kyndern welker utghesunderet mit beschedeme gude vnde de andre de dar leuendich bleven besittende an dem gantzen gude wente an synem ende vnde velle dat also dat der kyndern welck storue der en de dar uthgesunderet were ane eruen dat gud schole vallen wedder an syne olderen de dar sete ane gaden vnde besitten wolde also wente an synen ende wente dat gud ungeschichtet vnde vngedelet was weren ouer de kyndere alle van vader vnd moder gescheden vnde gedelet mit ereme dele dat vallen up syne brodere vnde sustere al gelyke.

Noch deutlicher belegt das oben Gesagte der Art. 224 des Segeberger Coder in Cronhelm **Corpus Stat. Hols.**:

> So wor eyn man vnd vrowe an echteschop synt, vnd kyndern to hope hebben vnd wert der kynder welk affgesunderget, mit beschedene gude, vnd de anderen kyndere leuendich de blyven mit den olderen yn deme samende sittende, weret ok sake, dat de kyndere welk vorstorue, de uth der were gesunderget synt sunder eruen, dat gudt scholde wedder vallen an de olderen so verne alse me dat nabringen kan, dat se nicht to eneme gantzen ende gescheden synt, kan men ock dat nabringen, dat se to eneme gantzen ende gescheden synt dar schriffte aff steit in der Stadt boke vnd dat de vorschedinge vor deme Rade gehandelt ist, so schal dat gudt vallen up de brodere vnd sustere vnd nicht up de olderen.

Erst in dem revidirten Lübschen Recht ist die neuere Terminologie festgestellt worden und handeln hierüber die Artikel 33 und 34 im **II.** Buch tit. 2. Dort aber erscheint eben der Ausdruck „abgesondert" als der wesentliche. Es reden zwar diese beiden Artikel, von der totalen Absonderung sprechend, mehrfach von abgesonderten und abgetheilten Kindern oder setzen den Fall, wenn der Vater ein Kind aussteuert, der Meinung, daß dasselbe abgetheilt und abgesondert sein solle. Aber es stehet auch das Wort absondern, abgesondert im Art. 33 für sich allein in dieser strengen Bedeutung, wogegen das Wort abtheilen, abgetheilt, für sich allein nicht auf diese Weise gebraucht wird, weder in diesem, noch in andern Artikeln. So scheint offenbar die Redefigur der Hendiadys angewendet worden zu sein, wo beide Ausdrücke durch die Copula **und** verbunden vorkommen, und dadurch coordinirt erscheinen, während das Wort abgetheilt den allgemeinen Gattungsbegriff, das Wort abgesondert die Unterart der gänzlichen Ausscheidung aus der Gütergemeinschaft bezeichnet. Es wird deshalb der Ausdruck abgesonderte und abgetheilte, oder abgetheilte und abgesonderte Kinder so zu umschreiben sein: abgetheilte Kinder, welche völlig abgesondert, d. h. vom Gute beider Aeltern abgefunden sind, und den Gegensatz würde dann bilden: abgetheilte nicht abgesonderte Kinder, welche mit dem **parens superstes** noch in Gütergemeinschaft stehen (uthgesunderet ane erue nach altem Lüb. Recht). Die Revisoren des Lübschen Rechtsbuches hätten hier allerdings deutlicher reden können. Aber die Verbindung eines Gattungsbegriffes und einer diesen beschränkenden **Species** durch die Copula und ist ein Latinismus, der uns für die damalige Zeit, wo die lateinische Sprache als Rechtssprache der Gelehrten noch vorzugsweise geläufig war, — wie es denn ja auch lateinische **codices** des alten Lübschen Rechts giebt, nicht befremden darf, auch als solcher hinsichtlich seiner Auslegung eben nicht zweifelhaft erscheinen kann. Wenn demnach in dem Lübschen Rechtsbuche nur das Wort absondern, abgesondert, Absonderung, stets die strenge Bedeutung einer völligen Abfindung von dem Gute beider Aeltern hat, und wenn die andern synonymen Ausdrücke: theilen, Theilung halten, abtheilen, abgetheilt ꝛc. einen allgemeineren Sinn haben, und je nach dem Zusammenhange bald von einer gänzlichen, bald von einer bloß particulairen Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft, also resp. von der Absonderung **s. str.** und von der Erbtheilung nach dem verstorbenen **parens** verstanden werden müssen, so setzt der **Art. 6 J. Lub. II.** 2 auch in sprachlicher Hinsicht unserer Auslegung keine Schwierigkeit entgegen.

Wir gehen davon aus, daß, wenn nach dem Tode eines Ehegatten der Ueberlebende die Kinder bei der Erbtheilung zugleich von seinem eigenen Gute abfindet, sie gänzlich von dem Verstorbenen und von sich absondert, es sich schon nach **Art. 7 J. Lub. II.** 2 ganz von selbst verstehet, daß diese Kinder, wenn sie ohne Leibeserben versterben, in jedem Falle von ihren Vollgeschwistern mit Ausschluß des **parens** beerbt werden. Der unmittelbar vorhergehende Art. 6 scheint uns dagegen insbesondere den Fall ins Auge zu fassen, wenn die „nicht abgesonderten" Kinder von dem **parens** hinsichtlich des Guts des verstorbenen abgetheilt sind. Stirbt eins dieser abgetheilten aber nicht abgesonderten Kinder ohne Leibeserben, so müßte dem Wortlaut des Art. 13 **ibid.** zufolge in jedem Falle hier der **parens** erben; der Art. 6 aber verfügt, daß in dem Falle, wenn die Kinder ihr Erbgut nach dem verstorbenen **parens** unter sich noch als Gesammtgut besitzen, das Recht der engeren Gemeinschaft dem der weiteren vorgehen, also das verstorbene Kind von seinen Voll-

geschwistern beerbt werden solle, welche mit ihm in dieser engeren Gemeinschaft standen.

Nach dieser Erörterung wenden wir uns wieder zu der Verordnung vom 6. December 1623. Es ist bereits oben die Ansicht angedeutet worden, daß dieselbe nicht den Zweck haben kann, das Erbrecht nach einem völlig abgesonderten Kinde zu normiren, worüber nach dem einfachen Wortlaut der Art. 7, 13 **J. Lub. II.** 2 ein Zweifel gar nicht obwalten konnte; daß sie vielmehr hauptsächlich für die Beerbung eines bloß vom Gute des verstorbenen **parens** abgetheilten, im Uebrigen aber mit dem **parens superstes** in Gütergemeinschaft gebliebenen Kindes das Lübsche Recht in einem das Erbrecht des **parens** beschränkenden Sinne zu Gunsten der mitabgetheilten Geschwister interpretiren will. Zur weiteren Ausführung dieser Ansicht dürfte zunächst auf die Zeit, in welcher die Verordnung erlassen wurde, und auf die Veranlassung derselben Rücksicht zu nehmen sein. Letztere wurde nach der Einleitung der Verordnung gegeben durch einen Antrag der Magistrate in den Städten Itzehoe, Crempe und Wilster.

Wären die desfälligen Acten noch vorhanden, so würden solche gewiß einen sehr schätzenswerthen Beitrag zur Interpretation der Verordnung liefern. Keinem der Interpreten derselben scheinen jedoch derartige Hülfsmittel zu Gebote gestanden zu haben und selbst in der Abhandlung bei Falck, Samml. **IV. pag.** 139 ff. wird nichts dergleichen erwähnt, obgleich sich doch in den Gerichtsacten des Holsteinischen Obergerichts über den dort behandelten Rechtsfall Abschriften von drei Actenstücken befinden, welche ihrem Inhalte nach mit der Verordnung vom 6. December 1623 in sehr nahem Zusammenhange zu stehen scheinen. Diese Abschriften wurden in jenem Processe von der einen Partei zu den Acten gebracht, und dabei bemerkt, daß sie „aus einem alten Präjudicatenbuche" abgeschrieben seien. Es enthalten die erwähnten Actenstücke drei Gutachten der drei genannten Magistrate über den Fall, welcher fast mit denselben Worten in der Verordnung aufgestellt wird, und stimmen auch im Resultat mit letzterer überein. Der Wortlaut dieser Gutachten wird weiter unten eingeschaltet werden. Das Itzehoer Gutachten ist datirt vom 27. Mai 1622, das Cremper vom 21. Februar 1623, das Wilstersche vom 15. Februar 1623, also alle aus der Zeit kurz vor der Verordnung vom 6. December 1623. In jener Zeit war das revidirte Lübsche Recht bereits in Uebung; doch waren seit dem Erscheinen desselben noch nicht 40 Jahre vergangen. Die drei Gutachten citiren das neue Rechtsbuch; aber es ist ihnen eben nicht ein neues, sondern nur eine bessere Redaction des längst bestehenden Rechts, und sie berufen sich deshalb eben so wohl auf den klaren Buchstaben **manuscriptorum exemplarium.** Denselben Standpunct nimmt die Verordnung ein, welche, indem sie das neue Rechtsbuch nach Titeln und Paragraphen citirt und als geltendes Recht voraussetzt, dennoch auch sich auf die **manuscripta exemplaria** beruft und eine Interpretation des neuen Rechtsbuchs sanctionirt, welche der Gesetzgeber den ihm vorgezeigten **manuscriptis exemplaribus** Lübischen Rechtens gemäß erachtet.

Nun läßt sich zwar nicht ermitteln, welche der verschiedenen **manuscripta exemplaria** des Lübschen Rechts den drei Magistraten sowohl, als dem Könige Christian dem Vierten vorgelegen haben. Jedoch wird hier eine Bemerkung von Hach,

> das alte Lübische Recht, **pag.** 2, 47, 48,

einiges Licht zu geben geeignet sein. Derselbe bemerkt nämlich:

> ein Hauptgrund, weshalb man im 16. Jahrhundert zu der Revision des Lübschen Rechts gedrängt habe, sei die Verwirrung des Rechts gewesen, dadurch entstanden, daß ein großer Theil des Inhalts Lübischer Rechtsbücher aus dem 14. und 15. Jahrhundert kein ächtes Lübisches Recht, sondern ein demselben widersprechendes Hamburger Recht gewesen sei,

und weist aus der Vergleichung der verschiedenen Handschriften mancherlei Widersprüche in den einzelnen Bestandtheilen des alten Lübischen Rechts nach; hieher gehöre insbesondere den, daß nach dem ächten Lübschen Rechte nicht die Aeltern, sondern die Geschwister von den Verstorbenen erbten, was sich nach Hamburger Recht anders verhalten habe. Daher habe sich denn König Christian **IV.** sogar veranlaßt gesehen, im Jahre 1623 für die mit Lübischem Rechte begabten Holsteinischen Städte eine das ächte Lübische Recht wiederherstellende authentische Interpretation zu ertheilen. Es kann hier nicht als Aufgabe erscheinen, die einzelnen bei Hach nachzusehenden Belegstellen aus den älteren Codices weitläufig anzuführen; statt aller genüge es, zwei der wichtigsten herauszuheben, welche sich in dem Codex finden, der von Cronhelm **Corp. Stat. Hols.** mitgetheilt wird. Es sind hier die Artikel **C.** und **CCXXIV**, welche sich in obbezeichneter Rücksicht zu widersprechen scheinen. Der Codex selbst in seiner ursprünglichen Gestalt ist im Jahre 1254 verfertigt und hat im Jahre 1370 eine Fortsetzung erhalten. Während sich nun aus der Zusammenstellung der Materien schon nicht undeutlich erkennen läßt, daß der Art. **C.** der ursprünglichen Redaction, der Art. **CCXXIV.** dagegen der späteren Fortsetzung angehört, findet diese Vermuthung ihre volle Bestätigung durch die Vergleichung mit dem bei Hach mitgetheilten Deutschen Codex der Göttinger Bibliothek, wo der Art. 125, eine Parallelstelle des Art. **C.** im Codex der Cronhelmschen Sammlung, als Lübsches Recht, der Art. 279 dagegen, eine Parallelstelle des Art. **CCXXIV.** im letzteren Codex, als Hamburger Recht ausdrücklich bezeichnet wird. Vergleicht man

nun diese beiden Artikel, so findet sich im Art. C, welcher lautet:

> Wor ein man vnde frouwe kinder so hope hebben vnde erer ein vorsterueth idt sy man offte wiff welck ere de dat leuent beholth van den beiden myth den kinderen sodane gudth dar denne nablifft dat hort deme manne offte der vruwen myth den kinderen storuet der kinder ein dewile vader offte moder yn dem samenden settet sin andell gudes blifft by den anderen Kinderen so verne alse de vader offte moder myth den kinderenn dat gudth gesittet hebben steruen ock de kinder alle so verne de olderen vorstaruen so nemet de negestenn erue dat gudth na stades rechte,

offenbar eine Differenz mit dem im heutigen Lübschen Rechte anerkannten und im revidirten Lübschen Rechtsbuche Art. 13 mit dürren Worten aufgestellten Princip, daß nicht abgesonderte Kinder von den Aeltern mit Ausschluß der Vollgeschwister beerbt werden. Der Art. **CCXXIV.** dagegen bestimmt:

> So wor eyn man vnd vrowe an echtescop synt vnd kyndere to hope hebben, vnd wert der kinder welck affgesunderget mit beschedene gude vnd de anderen kyndere leuendich de blyuen mit den olderen yn deme samende sittende, weret ock sake, dat der kyndere welck vorstorue, de uth der wore gesunderget synt sunder eruen dat gudt scholde wedder vallen an de olderen, so verne alse me dat nabringen kan dat se nich to eneme gantzen ende gescheden synt, kan men ock dat nabringen, dat se tho eneme gantzen ende gescheden synt, dar schriffte aff steit, in der Stadt boke, vnd dat de vorschedinge vor deme Rade gehandelt is, so schal dat gudt vallen vp de brodere vnd sustere vnd nicht vp de olderen.

Hier wird eben so deutlich ausgesprochen, daß der **parens** ein nach dem Tode des einen Ehegatten von dessen Erbschaft abgetheiltes, aber nicht gänzlich abgesondertes Kind in jedem Falle mit Ausschluß der Geschwister beerbt, und das Vorzugsrecht der Letzteren nur dann eintritt, wenn der Verstorbene ein völlig abgesondertes Kind war. Zwischen den beiden angezogenen Artikeln herrscht mithin ein unauflöslicher Widerspruch.

Wenn wir nun den Art. 6 des 2ten Buchs Tit. 2 des revidirten Lübschen Rechts so, wie oben geschehen, interpretiren, so scheint darin dieser Widerspruch aufgehoben und ausgeglichen, indem man das ausnahmslos vorzugsweise Erbrecht der Geschwister aufgab und den nicht abgesonderten Geschwistern im Allgemeinen die Aeltern succediren ließ, jedoch auch den Inhalt des Art. **CCXXIV.** dahin beschränkte, daß man für den Fall den theilweise abgesonderten Kindern ein vorzugsweises Erbrecht unter einander einräumte, wenn dieselben ihr Erbgut nach dem verstorbenen **parens** noch in Gemeinschaft besaßen, folglich unter einander in einer engeren Gütergemeinschaft standen, als mit dem **parens superstes**; — eine Vermittlung des Widerspruchs, welche in hohem Grade dazu dienen mußte, das Princip des Lübschen Rechts, daß das Erbrecht aus der Gütergemeinschaft dem aus der Blutsverwandtschaft vorgehe, systematisch consequent durchzuführen und zu entwickeln.

In der Zeit der Verordnung vom 6. December 1623 aber mochte es Manche geben, welche sich dieses Verhältniß klar zu machen nicht im Stande waren. Insonderheit mögen die in den Städten Itzehoe, Crempe und Wilster damals vorhandenen Manuscripte des alten Lübschen Rechts vielleicht eine ähnliche Vorschrift, wie sie der oben citirte, aus dem Hamburger Recht entlehnte Art. **CCXXIV.** giebt, gar nicht enthalten haben, und so erklärt es sich leicht, wenn die Magistrate dieser Städte einstimmig aussprachen, es sei bei ihnen seit Menschengedenken — also seit einer Zeit, die jedenfalls vor der Revision des Lübschen Rechts im Jahre 1586 ihren Anfang genommen haben muß, — für unzweifelhaftes Lübsches Recht gehalten, und als solches **in judicando** beobachtet worden, daß Vollgeschwister, welche von einem **parens** nach dem Tode des andern, sei es gänzlich abgesondert, sei es particulair abgetheilt worden, sich stets mit Ausschluß des **parens superstes** unter einander beerbt hätten.

Dagegen läßt es sich auch sehr wohl denken, daß nach der Revision des Lübschen Rechts, durch die Verwechselung des Hamburger Rechts mit dem ächten Lübschen Rechte und gestützt auf die Bestimmungen des revidirten Rechtsbuchs eine neue gegentheilige Ansicht sich in damaliger Zeit hin und wieder Geltung zu verschaffen suchte. Es gab, wie gezeigt, in einzelnen **codices** des alten Lübschen Rechts Bestimmungen, die, dem Hamburger Recht entsprungen, Vollgeschwistern unter sich nur dann ein den Aeltern vorgehendes Erbrecht zusprachen, wenn der Verstorbene ein völlig abgesondertes Kind war. Indem man sich nun nach der Revision auf die Art. 7, 13, 33, 34 **tit. 2 lib. II.** des neuen Rechtsbuches berief, glaubte man jenen Bestimmungen die gesetzliche Sanction vindiciren zu müssen, und indem man es mit der Interpretation des etwas dunkler gefaßten Art. 6 **ibid.** nicht eben genau nahm, verstand man diesen entweder nur von Fällen gänzlicher Absonderung oder ließ ihn auch vielleicht auf sich beruhen.

Dieser durch die Doctrin versuchten Neuerung, welche sich bereits in vorkommenden Fällen Geltung zu verschaffen versucht haben mochte, suchten nun die Magistrate der drei Städte Itzehoe, Crempe und Wilster zu wehren und erbaten daher von dem Landesherrn die gesetzliche Sanction ihrer in althergebrachter practischer Geltung befindlichen, in den drei erwähnten Gutachten niedergelegten rechtlichen Ansicht, welche sie resp. unter Berufung auf die **manuscripta exem-**

plaria des Lübschen Rechts, insbesondere aus dem Art. 6 **lib. II. tit.** 2. des neuen Rechtsbuchs ableiten. Diese Gutachten sind, wie sofort in die Augen springt, hinsichtlich ihrer factischen Voraussetzung mit der Verordnung vom 6. December 1623 ganz identisch, und es wird daher zur Erklärung dieser Verordnung nicht unwichtig sein, zuvörderst diese factische Grundlage etwas näher ins Auge zu fassen.

Das Itzehoer Gutachten beginnt in Aufstellung des Falles:

> Auf eingekommene Frage, wenn eines der Eheleute verstirbet und der nachbleibender mit den Kindern nach Verordnung **Art.** 2 **et** 3 **t.** 2. **l. II. jur. Lub.** die Güther bis zur Hälfte von einander theilet, den Kindern die eine Hälfte zugestellet, und die andere Hälfte für sich behält, oder auch die Kinder des verstorbenen Vaters oder Mutter halber abhandelt und eine Ausweisung thut, welche Kinder nach dem Buchstab **Art.** 33 **et** 34 **t.** 2 **l. II.** gleichwohl nicht **proprie** und eigentlich abgesonderte genannt werden können, sondern angesehen, daß ihnen des noch lebenden Vaters oder Mutter Theil auf den Todesfall nach kundbaren Landesrechten **ipso jure** vorbehalten und ihnen daselbst zu succediren unbenommen; — —

Die beiden andern Gutachten sind etwas kürzer und unter einander fast gleichlautend, weshalb wir nur das Cremper **in extenso** mittheilen und die Abweichung des Wilsterschen in Parenthese beifügen. Jenes lautet:

> Auf die fürgestellte Frage, nemlich wenn eines der Eheleute verstirbet und die nachbleibende Persohn ihren Eheleiblichen (W. G. „Ehelichen") Kindern besage **Art.** 2 **et** 3 **l. II. t.** 2 **jur. Lub.** die Hälffte der Güther zutheilet oder sonsten ihnen des Verstorbenen halber nach üblichen Stiften (W. G. „Sitten") dieses Landes durch einen Vertrag eine Ausweisung oder Abspruch (W. G. „Ausspruch") thut, also daß diesen Kindern in des noch lebendigen Vaters oder Muttern künftige Erbschaft die **successio** damit unverletzt bleibet; —

Die beiden Fälle, welche hier zusammengestellt werden, sind ohne allen Zweifel

1) der Fall der Totaltheilung des gesammten Guts nach dem Tode eines Ehegatten zwischen dem Ueberlebenden und den beiderseitigen Kindern, wodurch diese gänzlich abgesondert (nach altem Lübschen Recht zu einem ganzen Ende geschieden) werden und die Gütergemeinschaft völlig aufhört, und
2) der Fall einer Abfindung der Kinder von dem Gute des verstorbenen **parens**, eine Absonderung ohne Erbe nach dem Sprachgebrauche des alten Lübschen Rechts, wobei die Gütergemeinschaft zwischen dem **parens superstes** und den Kindern hinsichtlich seines eignen Vermögens bestehen und daher den Kindern das Erbe nach ihm **ex capite communionis ipso jure** unbenommen bleibt.

Wenn nun eines der also ganz oder theilweise abgesonderten Kinder verstirbt, wer beerbt dasselbe, — die Eltern oder die mitabgetheilten Vollgeschwister? — das ist die Frage, mit deren Beantwortung die drei Gutachten hauptsächlich sich beschäftigen. Das Itzehoer Gutachten enthält hierüber im unmittelbaren Anschluß an den obigen Passus Folgendes:

> Dafern nun ein angedeutetermaaßen abgetheiltes oder mit gewisser Ausweisung abgesühntes Kind ohne Leibeserben verstürbe, und nach sich ließe seinen leiblichen Vater oder Mutter am einen und seinen vorigermaaßen mit abgetheilten Vollbruder und Vollschwester am andern Theil. Ob nicht ungeachtet was die Kaiserl. und Sächsische Rechte dann auch **Art.** 13 **t.** 2 **lib.** 2 **in verbis** „sofern sie aber" rc. möchte disponiren, dennoch der lebendige Vater oder Mutter von solcher Erbschaft gänzlich ausgeschlossen und denen **vigore Art.** 2 **et** 3 **t.** 2 **l.** 2 mit abgetheilten Vollbrüder und Vollschwestern des verstorbenen Kindes Nachlaß nach heller unwidersprechlicher Ordnung **Art.** 6 (**specialiter de proposito casu loquentis** und **disponentis**) **t.** 2 **l.** 2 gedrucktes **Exemplaris** und dem klaren Buchstab **manuscriptorum Exemplarium** allein gelassen worden, Geben Bürgermeister und Rath der Stadt Itzehoe diesen Bericht, daß vermöge angestellter Frage und angezogene **Art.** 6 jederzeit in dieser Stadt Bothmäßigkeit verfahren, solches auch **tam judicialiter quam extrajudicialiter** observiret und dermaaßen in Gebrauch kommen, daß man nicht zu bescheinigen, daß deßwegen seit Menschen Gedenken Rechtsstreitigkeit angestellet und ausgeübet worden.

Das Wesentliche in dieser Beantwortung der aufgestellten Frage ist offenbar der Gedanke, daß übereinstimmend mit dem alten Lübschen Recht (den **manuscriptis exemplaribus**) im **art.** 6 **lib. II. tit.** 2. des revidirten Stadtrechts der zum Grunde gelegte Fall, die **proposita quaestio**, entschieden werde, daß dieser Artikel mithin nicht bloß den Fall der gänzlichen Absonderung, sondern auch insbesondere den der bloß particulairen Abfindung von dem Gute des verstorbenen **parens** umfasse. Befremden kann nur der Ausdruck: „denen **vigore Art.** 2 **vel** 3 **t.** 2 **l.** 2 mitabgetheilten" — gegen das Ende der Fragestellung. Denn es könnte scheinen, als ob hiedurch das Erbrecht doch wieder nur auf die **s. str.** mitabgesonderten Vollgeschwister beschränkt werden solle. Allein aus dem ganzen Zusammenhange dürfte denn doch die gegentheilige Tendenz zu klar hervorgehen,

als daß man sich durch die an dieser Stelle allerdings incorrecte Bezugnahme auf die **arti**. 2, 3. **J. Lub. II**, 2 irre machen lassen könnte. Man wird daher diese Bezugnahme an diesem Orte nur als einen störenden **lapsus calami** betrachten dürfen, wozu um so mehr die Vergleichung der andern beiden Gutachten berechtigt, welche sich kürzer und conciser, dem Sinne nach ganz gleich ausdrücken und in denen die störende Parenthese nicht enthalten ist. Wir geben hier die an obigen Anfang anschließende Fortsetzung des Cremper Gutachtens, unter Bemerkung der davon abweichenden Stellen des Wilsterschen. Dasselbe fährt fort:

— folgends derselbigen Kinder eines verstirbet, ob dann die Vollbrüder oder Schwester von des verstorbenen Nachlaß die leibliche Mutter oder Vater (W. G. „Vater oder Mutter") **excludiren**.

Geben Bürgermeister und Rath zu Cremp (der Ortsname fehlt hier im W. G.) diese Nachricht (W. G. „Nachrichtung") daß ungeachtet was irgends **ex verbis finalibus Art.** 13 **t.** 3 **l.** 2 **distinguendo** zwischen abgesonderten und nicht abgesonderten Kindern könnte und möchte hereingeführt werden, sie dennoch selbst noch auch von ihren **antecessoren** nicht anders erfahren noch auch in Wahrheit befunden (W. G. „und nicht anders befunden") als daß **vigore Art.** 6 **t.** 2 **l.** 2 **specialiter de proposita quaestione loquentis** den Voll-Brüdern und Schwestern (W. G. „Vollschwestern") **excludendo patrem vel matrem** (W. G. „**vel patrem et matrem**") des verstorbenen Voll-Bruders oder Schwester Erbschaft zugefallen. Immaaßen denn solches bis an (W. G. „auf") diese Zeit unstrittigen Lübschen Rechtens gehalten worden, dergestalt, daß der noch lebender Vater oder Mutter von solch ihres verstorbenen Kindes Nachlaß je und allewege excludirt und selbige Erbschaft den mitabgetheilten oder abgesühnten Voll- (W. G. „vollen") Brüdern und Schwestern gelassen, und bei unser aller Gedenken niemahlen allhier streitig gemacht. (Die Worte: „und bei — — streitig gemacht" fehlen im W. G.)*)

(Die Fortsetzung folgt.)

---

*) Hierauf folgt der Schluß der Gutachten:

— Zu Urkund mehrer Nachrichtung haben Bürgermeister und Rath dieses ihr **judicium** mit dero Stadt kleinen Insiegel bekräftiget. **Actum** Itzehoe, 27. May 1622.

— Uhrkundlich haben wir dieses mit unserer Stadt kleinen Siegel bestätiget. **Actum** Cremp den 21. Februar 1623.

— Uhrkundlich haben wir dieses mit unserm Stadtsiegel bestätiget. **Actum** Wilster den 15. Februar 1623.

Criminalfall.

Brandstiftung jugendlicher Inculpaten.

(Beschluß.)

Wenn nun auch die Vertheidigungsschrift es nur in Frage stellt, ob und in welchem Umfang der Inculpatin die That zur Strafe anzurechnen sei, so wird doch zunächst zu untersuchen sein, ob dieselbe rechtlich als die physische Urheberin einer begangenen Brandstiftung betrachtet werden darf. Sie hat freilich die Verübung dieses Verbrechens unumwunden eingeräumt. Ihr Geständniß ist aber nicht in selbstständiger, zusammenhängender Mittheilung des Hergangs, sondern bruchstückweise in Antworten auf specielle Fragen abgelegt worden, wobei sich Suggestionen begreiflich nicht ganz haben vermeiden lassen, wie dies auch vom Inquirenten ausdrücklich bemerkt wird, und es möchte daher wohl in Frage kommen, ob einem solchen Geständnisse volle Beweiskraft beigelegt werden dürfe.

Von einigen Rechtslehrern wird bekanntlich das durch Suggestivfragen hervorgerufene Geständniß als nichtig angesehen, vergl. Bauer, Grundsätze des Criminalprocesses, § 180.

Andere dagegen, wie namentlich Heffter, Lehrbuch des gemeinen Deutschen Criminalrechts, § 615, bezeichnen ein solches Geständniß richtiger als ein vitiöses, dem nicht ohne Weiteres alle Beweiskraft abgesprochen werden dürfe, und mit Recht wird von Heffter darauf hingewiesen, daß die peinliche Halsgerichtsordnung im Art. 56 Suggestionen ausdrücklich nur bei Folterung verboten habe. Denn das auf der Folterbank unter Anwendung äußerer Zwangsmittel abgelegte Geständniß mußte natürlich vollends allen Werth verlieren, wenn es durch Suggestivfragen veranlaßt war, und was für ein durch die Folter erpreßtes Geständniß gilt, wird man jetzt nicht ohne Weiteres auch für das ohne äußeren Zwang erlangte Bekenntniß noch als geltend ansehen dürfen. Freilich sind auch noch gegenwärtig nach Abschaffung der Tortur Suggestivfragen gleich wie captiöse möglichst zu vermeiden, aber nicht, weil dies eine durchaus nothwendige Bedingung für die Beweiskraft des Geständnisses ist, sondern vielmehr eben nur aus dem Grunde, weil für Geständnisse, die durch solche Fragen hervorgerufen werden, ein nicht unwichtiges Merkmal innerer Glaubwürdigkeit verloren geht. Auch kann es natürlich Fälle geben, wo durch die vorausgegangenen Suggestionen die Beweiskraft des Geständnisses sehr geschwächt, ja vielleicht gänzlich vernichtet wird. Mit Nothwendigkeit liegt es aber keineswegs in dem Wesen der Suggestionen, daß sie auf den Inculpaten, sofern gegen ihn kein weiterer Zwang angewandt wird, einen überwältigenden Einfluß üben, der die Glaubwürdigkeit des Geständnisses völlig aufhebt, und wird

es daher stets von den concreten Umständen des einzelnen Falles abhängen müssen, ob dieselbe wirklich mehr oder weniger geschwächt erscheint.

Immer wird es aber selbstverständlich die Aufgabe des Richters bleiben, wo Suggestionen vorgekommen sind, die Glaubwürdigkeit des Geständnisses mit besonderer Sorgfalt zu prüfen. In dem gegenwärtigen Falle nun ist durch die Untersuchung kein Moment zu Tage gefördert worden, welches einen Zweifel gegen die Richtigkeit des abgelegten Bekenntnisses aufkommen lassen könnte. Im Gegentheil stimmen damit alle anderweitig ermittelten Umstände genau überein. Es steht demnach nicht nur fest, daß die Inculpatin die Brandstiftung gerade so, wie sie angegeben, hat verüben können, sondern die anderweitigen Ermittelungen machen es an sich schon sehr wahrscheinlich, daß die abgebrannte Kathe von ihr absichtlich in Asche gelegt worden. In dieser Beziehung sind vor Allem die bisher noch unerwähnt gebliebenen Aussagen der Ehefrauen der in der Kathe mitwohnenden Tagelöhner Franz Deiler Hinrich Sell und Claus Passig von großem Gewicht. Dieselben bezeugen, daß das Feuer auf dem Boden des Theils der Kathe, der von Johann Sell bewohnt ward, zuerst zum Ausbruch gekommen; sie haben, wie sie angeben, namentlich gesehen, daß die Flammen dort aus der Firste des Daches herausgeschlagen sind. Darnach leidet es also keinen Zweifel: auf dem Boden über der Wohnung des Dienstherrn der Inculpatin hat es zu brennen angefangen. In dieser Wohnung aber war den ganzen Tag über die Inculpatin allein mit den kleinen Sellschen Kindern gewesen, und wie auf andere Weise als durch ein absichtliches Handeln von ihrer Seite Feuer auf den Boden gekommen sein sollte, ist kaum abzusehen. Daß dies aber in Wirklichkeit von ihr geschehen, dafür liegt auch noch eine nähere Bestätigung in dem Umstande, daß sie gleich nach dem Brande durch handgreifliche Lügen über die Entstehung des Feuers den Verdacht der Brandstiftung auf sich gezogen. Sieht man weiter auch auf das Motiv, so bietet die That eben nur eine ganz gewöhnliche Erscheinung dar, mit dem alleinigen Unterschiede, daß in diesem Fall das Verhalten der Inculpatin vor der That weit entschiedener, wie in den meisten ähnlichen Fällen, eben auf ein solches Motiv hinweist, weshalb denn auch gerade in dieser Beziehung die Angabe der Inculpatin unverkennbar alle innere Wahrscheinlichkeit für sich hat. Endlich verdient es aber auch Beachtung, daß die Jöhnk nie den Versuch gemacht hat, ihr Geständniß zu widerrufen, daß sie dasselbe vielmehr, dem Gutachten des Physikus zufolge, auch gegen ihn aufs Neue wiederholt hat.

Unter diesen Umständen wird man unzweifelhaft die physische Urheberschaft einer von der Inculpatin begangenen Brandstiftung als vollständig bewiesen betrachten müssen, und hiegegen hat ja denn auch der Defensor nichts zu erinnern gefunden. Ein völlig verfehltes Unternehmen von ihm war es aber offenbar, wenn er seine Schutzbefohlene mit der willkürlichen Hypothese zu vertheidigen suchte, daß sie aus s. g. Feuerlust das Verbrechen begangen haben könnte, denn für eine solche Vermuthung liegt auch nicht der mindeste Anhaltspunkt in den Acten vor. Ueberhaupt fehlt es gänzlich an zureichenden Gründen, um die Inculpatin als völlig unzurechnungsfähig bezeichnen zu können.

Ob Heimweh unter Umständen zu Seelenstörungen führen kann, ist eine Frage, die hier ohne practisches Interesse ist. Denn gewiß ist es, auch nicht die leiseste Andeutung ist vorhanden, daß eine solche Möglichkeit zur Wirklichkeit geworden und aus einer abstracten Möglichkeit auf das Vorhandensein für den concreten Fall schließen zu wollen, würde eine völlig ungerechtfertigte Willkür sein.

Ihrem Alter nach hatte Inculpatin zur Zeit der Verübung der Brandstiftung das 14te Jahr schon um fast 9 Monate überschritten, und war sie auch ihrer individuellen Reife nach bei der gränzenlosen Unwissenheit, in der sie aufgewachsen, hinter ihren Jahren zurückgeblieben, so erscheint es doch völlig ungerechtfertigt, wenn der Defensor sie einem unzurechnungsfähigen Kinde gleichgestellt wissen will. Es fehlte ihr nicht an natürlichem Verstand, um das Verbrecherische ihrer Handlung, die sie auch gleich nachher bereut haben will, zu erkennen, nicht an Willenskraft, um den in ihr plötzlich erwachenden Gedanken, durch ein Verbrechen den leidenschaftlichen Wunsch nach Veränderung ihrer Lage in Erfüllung gehen zu lassen, Widerstand leisten zu können.

So urtheilen, mit Ausnahme des Defensors, Alle, die sie mit Aufmerksamkeit beobachtet haben, der frühere und der jetzige Justitiar und insbesondere auch der Gerichtsarzt, und das Gericht wird nicht berechtigt sein können, sich über diese Urtheile hinwegzusetzen und eine Inculpatin, welche nach vollendetem 14ten Jahre ein Verbrechen verübt hat, dabei auch sowohl in der Wahl der Mittel, als in der Art der Ausführung mit, Verständigkeit, Besonnenheit und Selbstbewußtsein zu Werke gegangen ist, für zurechnungslos zu erklären. Der Defensor legt namentlich großes Gewicht auf das zwischen Zweck und Mittel bestehende Mißverhältniß und hält sich eben deshalb um so mehr berechtigt, die Brandstiftung als eine kindische That zu bezeichnen, die wohl Züchtigung, nicht aber Strafe verdiene. Er übersieht dabei aber gänzlich, daß ein auffallendes Mißverhältniß zwischen Zweck und Mittel nicht bloß den jugendlichen Verbrechern eigenthümlich ist, sondern regelmäßig bei jedem schwereren Verbrechen vorgefunden wird, wie denn ja auch die Erfahrung lehrt, daß Brandstiftungen zuweilen auch von Erwach-

senen, bei denen die Kinderjahre schon weit zurück liegen, gerade aus demselben Motiv begangen werden, welches in diesem Falle leitend gewesen.

Mit Recht wird auch von dem Justitiariat hervorgehoben, wie es nicht unbeachtet bleiben dürfe, welchen Eindruck eine bloße körperliche Strafe auf das Rechtsgefühl der übrigen Gutsbewohner und Angehörigen machen werde. Die Schwere des Verbrechens und das ungemein Gefährliche desselben werde es ihnen gleich unbegreiflich erscheinen lassen, daß ein mehr als 14jähriges Mädchen dergleichen ungestraft begehen könne. Denn die paar Hiebe, welche der Defensor der Inculpatin zukommen lassen wolle, seien bald verschmerzt und würden weder von der Inculpatin, noch von den Zuschauern, die der Defensor zugezogen wünsche, als eine Strafe betrachtet werden. Eine Zuchthausstrafe würde dagegen nicht nur eine Strafe sein, sie würde andererseits auch das noch sicherer und besser erreichen, was der Defensor durch eine polizeiliche Aufsicht erwirken wollte — die Besserung der Inculpatin, wenn nämlich, wie nicht zu bezweifeln, das Oberinspectorat der Strafanstalt dieselbe zu den sonst in der Strafanstalt vorhandenen jugendlichen Verbrechern versetzen und sie an den Unterrichtsstunden derselben Theil nehmen lassen würde.

Es hat daher von einer criminellen Bestrafung der jugendlichen Verbrecherin nicht abgesehen werden können, wenn auch für die Bestimmung des Maaßes der Zurechnung der That zur Strafe strafmindernd hat in Berücksichtigung gezogen werden dürfen: das jugendliche Alter der kleinen Brandstifterin, die noch hinter ihren Jahren zurückgebliebene individuelle Reife, insbesondere die gränzenlose Unwissenheit, in der man sie hat aufwachsen lassen und noch vor dem gesetzlichen Confirmationsalter zur Confirmation zugelassen, sowie die unverständige Erziehung der Mutter, welche ihr jede nur einigermaaßen gebundene Lage unerträglich gemacht, wie denn auch eben mit Rücksicht auf diese Momente die erkannte Strafe in dem nachstehenden Rescripte des Obercriminalgerichts auf eine vierjährige Zuchthausstrafe normirt worden ist.

Von Obercriminalgerichtswegen.

Bei Remittirung der unterm 22. Jan. d. J. hieselbst eingegangenen Untersuchungsacten wider Maria Catharina Dorothea Jöhnck wegen Brandstiftung wird dem Justitiariate des adeligen Guts Groß-Nordsee hierdurch aufgegeben, der Inculpatin das nachstehende Erkenntniß zu publiciren und wider dieselbe zur Vollstreckung zu bringen:

In Erwägung, daß am 17. Aug. v. J. eine der Gutsherrschaft von Groß-Nordsee gehörige, von vier Tagelöhnerfamilien bewohnte, im Dorfe Krummenwisch belegene Kathe in Flammen aufgegangen ist;

in Erwägung, daß die Inculpatin ihrem Geständnisse zufolge durch absichtliche Feueranlegung diesen Brand verursacht hat, indem sie, geleitet von dem Verlangen, aus dem Dienste des Tagelöhners Johann Christian Sell fort und wieder zu ihrer Mutter zu kommen, sich an jenem Tage Abends gegen 6 Uhr nach dem Boden begeben, dort einige unter einer Schneidebank liegende Spähne neben dem Dache zurechtgelegt und dann mittelst eines in Brand geriebenen Streichholzes angezündet hat;

in Erwägung, daß die Inculpatin zwar ihr wiederholt unter detaillirter Angabe der einzelnen Umstände abgelegtes Geständniß nicht in selbstständiger, zusammenhängender Mittheilung des Hergangs, sondern nur auf specielle Fragen bruchstücksweise beschafft hat, daß aber die Glaubwürdigkeit dieses Geständnisses sich um so weniger mit Grund in Zweifel ziehen läßt, weil dasselbe durch anderweitig ermittelte Umstände, die es an sich schon sehr wahrscheinlich machen, daß die Inculpatin die von ihrer Dienstherrschaft bewohnte Kathe aus dem von ihr angegebenen Motiv absichtlich in Asche gelegt hat, auf das Entschiedenste unterstützt und bestätigt wird;

in Erwägung, daß, wenn gleich kein ausreichender Grund vorliegt, die Inculpatin, welche zur Zeit der Verübung der Brandstiftung fast 14 Jahre und 9 Monate alt war, für völlig zurechnungslos zu erklären, doch eine bedeutende Minderung der gesetzlichen Strafe in der Betrachtung ihre Rechtfertigung findet, daß die Inculpatin ihrer individuellen Reife nach hinter ihren Jahren zurückgeblieben und bei schlechter Erziehung in gränzenloser Unwissenheit aufgewachsen ist;

in Erwägung jedoch, daß die der Inculpatin zur Seite stehenden strafmindernden Momente ihre volle Berücksichtigung finden, wenn bei der Schwere und der großen Gefährlichkeit des begangenen Verbrechens durch das auch ein beträchtlicher, mindestens auf 1800 ℛ R.-M. zu veranschlagender Schade angerichtet worden, die gesetzliche Strafe auf eine vierjährige Zuchthausstrafe herabgesetzt wird,

> wird die Inculpatin Maria Catharina Dorothea Jöhnk wegen begangener Brandstiftung zu einer vierjährigen Zuchthausstrafe, wie auch zur Erstattung der Untersuchungskosten, in so weit sie des Vermögens, verurtheilt.

Urkundlich rc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obercriminalgerichte zu Glückstadt, den 19. März 1855.

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen **Henrici** *und* **Lucht.**
Gedruckt bei **Augustin** *in Glückstadt.*

10. Stück. Den 10. März 1856.

Ueber den Sinn und die practische Bedeutung der Verordnung Christians des Vierten vom 6. December 1623, daß in den Städten Lübischen Rechts die Aeltern ihren abgetheilten Kindern anders nicht, als wenn sie keine mitabgetheilte vollbürtige Geschwister hinterlassen, erben sollen.

(Fortsetzung.)

Hiernach kann es in der That nicht zweifelhaft sein, daß die Magistrate der drei Städte in damaliger Zeit dafür hielten, es sei nach Theorie und Praxis unbestreitbaren Lübschen Rechtens, daß nicht allein gänzlich abgesonderte, sondern auch nach dem Tode des einen **parens** von dessen Nachlaß abgefundene und also particulair abgetheilte Vollgeschwister sich unter einander mit Ausschluß des **parens superstes** beerben, und daß eben dies durch den **Art. 6 J. Lub. II. 2** gesetzlich sanctionirt werde. Diese Ansicht stimmt auch mit unserer obigen Interpretation des sechsten Artikels mit dem einen freilich sehr wesentlichen Unterschiede überein, daß die drei Magistrate der Beschränkung des Artikels auf den Fall nicht gedenken, wenn die (total oder partiell) abgetheilten Kinder unter sich das ihnen Zugetheilte noch als Gesammtgut besitzen. Ob nun diese Beschränkung des Falles in den thatsächlichen Voraussetzungen der Gutachten stillschweigend mit enthaltend sei oder nicht, das läßt sich wohl schwerlich noch jetzt mit völliger Bestimmtheit ermitteln. Es scheint aber Manches dafür zu sprechen.

1) Indem die Magistrate sich eben auf den sechsten Artikel als das geltende Gesetz berufen, konnten sie unmöglich die in Rede stehende Restriction des in diesem Artikel behandelten Falles ganz übersehen haben. Indem sie daher dieselbe nicht besonders erwähnen, muß man annehmen, daß sie dieselbe als eine stillschweigende Voraussetzung betrachtet haben.

2) Ueberdies scheint die Wortfassung des Art. 6 vergl. mit Art. 29 **lib. II. tit.** 2 darauf hinzudeuten, daß es in der älteren Zeit ganz gewöhnlich und der regelmäßige Fall war, daß die zusammen abgesonderten oder vom Gute des verstorbenen Parens abgefundenen Kinder unter sich vorläufig in Gemeinschaft blieben. In neuerer Zeit dürfte dies freilich nur selten mehr vorkommen. Aus dem Jahre 1735 aber wird bei Falck, Samml. **IV., pag.** 150, 151, ein Fall angeführt, in dem die abgetheilten Kinder in Gemeinschaft der ihnen zugetheilten Güter verblieben waren. Der größere Mangel des baaren Geldes in jenen Zeiten und daher die Nothwendigkeit, den Kindern vorkommenden Falls mehr als jetzt andere Objecte zuzutheilen, deren sofortige reelle Subdivision oft Schwierigkeiten haben mochte, könnte wohl als begründendes Moment des, wie wir annehmen, gewöhnlichen Theilungsmodus in älterer Zeit in Betracht kommen.

3) Ließe sich aber erweisen, daß im Anfange des 17ten Jahrhunderts ganz gewöhnlich und regelmäßig zwischen dem **parens superstes** und den Kindern so getheilt wurde, daß Letztere das ihnen Zufallende nicht sofort und **uno actu** wieder unter sich auftheilten, so konnte um so mehr dieses Verhältniß als das gewöhnliche von den Magistraten vorausgesetzt werden, ohne daß sie der Bestimmung des Art. 6 für den **Ausnahmsfall**, wenn die Kinder beim Tode eines von ihnen bereits unter einander getheilt hatten, durch Stillschweigen etwas vergeben hätten.

Verfasser wagt indeß nicht, hierüber in historischer Hinsicht eine bestimmte Meinung aufzustellen, welche allerdings für das dogmatische Resultat dieser Abhandlung nach einer speciellen Behandlung der Verordnung vom 6. December 1623 noch zu entwickeln sein wird.

Wir haben bisher die Veranlassung dieser Verordnung und ihre historischen Grundlagen darzulegen gesucht und wenden uns nunmehr zu der Verordnung selbst, über welche Einiges bereits oben kurz angedeutet worden ist. Zunächst wird es erforderlich sein, diejenigen Fälle festzustellen, für welche die Verordnung eine Vorschrift enthält. Und da dürfte es denn kaum zweifelhaft erscheinen, daß es dieselben Fälle sind, welche in den Gutachten der drei Magistrate zum Grunde gelegt werden. Denn es ist der zu entscheidende **casus** ausdrücklich eben aus der Vorstellung der Magistrate entnommen, und mit den drei vorliegenden Gutachten zwar den Worten nach nicht völlig gleichlautend, aber doch dem Sinne nach in der That identisch. Die Verordnung sagt:

> wenn eines der Aeltern verstorben und das Ueberbleibende den Kindern von ihnen beiderseits geboren, besage des Lübschen Rechts **Art. 2 et 3 tit. 2 lib. 2** den halben Theil Guthes wirklich zugetheilet. — —

Dies ist der erste Fall. Man erkennt leicht, daß hier die Kinder gänzlich abgesondert sind, und es ist dem Statut nach dessen einfachem und unzweifelhaften Wortlaut (Art. 7, 13) völlig gemäß, wenn diesen Kindern ein die Aeltern ausschließendes Erbrecht unter einander eingeräumt wird. Theoretisch streitig konnte überall nur der zweite Fall sein, in dessen Aufstellung die Verordnung fortfährt:

> oder sie auch durch einen Vertrag von sich abgefunden, also, daß ihnen gleichwohl **ipso quidem jure sine ulla protestatione vel reservatione** die **successio** auf des nachbleibenden Vaters oder Mutter tödtlichen Hintritt unverrückt und unverletzt geblieben. — —

Verfasser ist der Ansicht, daß unter diesen Worten nur die particulaire Abtheilung vom Gute des verstorbenen **parens** gemeint sein könne. „Denn die Worte: „also daß ihnen ꝛc.," sind offenbar nur eine erklärende Apposition zu den Worten: „durch einen Vertrag von sich abgefunden", und beziehen sich auf den ersten der beiden Fälle gar nicht. Nun aber ist ein solcher Abfindungsvertrag des **parens superstes**, bei dem das Erbrecht der Kinder nach ihm **ipso jure** unverrückt und unverletzt bleibt, gar nicht möglich, wenn zugleich die Kinder **ex communione** völlig abgesondert werden sollen. Dies gehet noch viel deutlicher aus den Worten der Gutachten der drei Magistrate hervor. Das Itzehoer Gutachten hat an der entsprechenden Stelle folgenden **passus**:

> — oder auch die Kinder des verstorbenen Vaters oder Mutter halber abhandelt und eine Ausweisung thut, welche Kinder nach dem Buchstab **Art. 33 et 34 tit. 2 lib. 2** gleichwohl nicht **proprie** und eigentlich abgesonderte genennet werden können, sondern angesehen, daß ihnen des noch lebenden Vaters oder Mutter Theil auf den Todesfall nach kundbaren Landesbrauch **ipso jure** vorbehalten und ihnen daselbst zu succediren unbenommen. — —

Die beiden andern Gutachten sagen ebenso:

> — oder sonsten ihnen des Verstorbenen halber nach üblichen Stiften (Sitten) dieses Landes durch einen Vertrag eine Ausweisung oder einen Abspruch thut, also, daß diesen Kindern in des noch lebenden Vaters oder Mutter künftige Erbschaft die **successio** damit unverletzt bleibet. —

Dem gegenüber erscheint es in der That nicht wohl begreiflich, wenn das frühere Holsteinische Obergericht (bei Falck, Bd. **V. pag.** 145 ff.) die Einleitung der Verordnung für besonders dunkel hält, und sodann die Ansicht aufstellt, es sei in der Verordnung an Fälle particulairer Abtheilung von dem Gute des verstorbenen **parens** nicht gedacht, sondern nur verschiedene Fälle einer Totalabsonderung der Kinder darunter begriffen; vollends aber, wenn diese Ansicht dadurch begründet wird, daß die Vorfrage der Magistrate gar nicht auf den Fall einer stattgehabten bloß particulairen Abtheilung von dem Vermögen des verstorbenen **parens** gerichtet gewesen. So sagt auch Falck in seiner Critik der obergerichtlichen Ansicht (**l. cit. pag.** 517 ff.), der Fall einer particulairen Theilung nach dem verstorbenen **parens** sei in der Vorfrage der Magistrate gerade als der regelmäßige vorausgesetzt. Freilich scheint er wieder zu weit zu gehen, wenn er gleich darauf behauptet, es werde gar kein anderer Fall erwähnt, sofern nämlich nicht bezweifelt werden dürfte, daß eine Theilung nach **Art. 2, 3 J. Lub. II. 2** stets eine gänzliche Absonderung der Kinder in sich begreift.

Der Ansicht des früheren Holsteinischen Obergerichts scheint der auch in diesem Sinne bei Paulsen, Schl.-Holst. Privatrecht, § 188, Note 9, citirte Bünekau,

de separatione liberorum, § 26,

zu sein, welcher, nachdem er den **Art. 6, J. Lub II. 2** dahin interpretirt hat, daß hier bloß von abgesonderten Kindern geredet werde, fortfährt:

> **Consona sunt statuta Susatensia, Hamburgensia, Goslariensia, Mindensia nec non jus Parchimense et Gothlandicum,** *) **remque ita**

*) Aus dem Gothländischen Recht wird tit. de hered., cap. 7, mit folgenden Worten bei Bünekau citirt:

ad instantiam magistratuum civitatum Holsaticarum Itzehoe, Crempe et Wilster quae omnes Jure Lubecensi reguntur An. 1623 d. 6. Dec. decisione firmavit potentissimus Danorum rex Christianus IV.

Das Irrthümliche dieser Interpretation der Verordnung vom 6. December 1623 dürfte aber sowohl aus dem oben Gesagten, als auch insbesondere daraus klar hervorgeben, daß es ihre ausgesprochene Absicht ist, das Erbrecht der Aeltern gegen das der Geschwister, im Gegensatz mit einer mißbräuchlichen doctrinellen Auslegung des Lübschen Rechts zu beschränken, wogegen nach Bünekau's Ansicht (vergl. besonders die als Parallelstelle eben in Anm. citirte Stelle des Gothl. Rechts) eine Abänderung des **Art. 7 J. Lub. II.** 2 zu Gunsten der Aeltern in der Verordnung enthalten sein würde, dahin, daß die Aeltern auch die gänzlich abgesonderten Kinder mit Ausschluß der Geschwister beerben, sofern die Kinder sich unter einander bereits abgetheilt haben. Es wäre diese Ansicht der von Hach aufgestellten (s. oben) gerade entgegengesetzt, welcher behauptet, Christian **IV.** habe durch seine Verordnung die Reinheit des Lübschen Rechts gegen die aus dem Hamburger Rechte eingedrungenen Bestimmungen zu Gunsten der Geschwister wieder herstellen wollen.

Man hat nun aber in der Verordnung eine Schwierigkeit insofern erblicken wollen, als es dort heißt:

> also, daß ihnen gleichwohl **ipso quidem jure sine ulla protestatione vel reservatione** die **successio** auf des nachbleibenden Vaters oder Mutter tödtlichen Hintritt unverrückt und unverletzt geblieben.

Man hat hervorgehoben, daß eine particulaire Abtheilung vom Gute des verstorbenen **parens** nach **Art. 34 J. Lub. II.** 2 eben durch eine solche Protestation oder Reservation kennbar bezeichnet werde, und deßhalb hier nicht von einer particulairen, sondern von einer totalen Absonderung die Rede sein müsse, weil ein Fall vorausgesetzt werde, in welcher die Protestation oder Reservation des Erbrechts nach dem **parens superstes** nicht vorgekommen sei. Man sagt dann weiter, die **successio** auf den Todesfall des **parens superstes**, welche nach der Verordnung den Kindern unverletzt und unverrückt geblieben sein soll, sei das Erbrecht **ex jure sanguinis**, welches ja auch den abgesonderten Kindern verbleibe. Allein gegen diese Ansicht dürften sich die gewichtigsten Bedenken aufdrängen. Denn wenn ein Kind (durch die Absonderung) sein Erbrecht **ex capite communionis** verliert, und nur das Erbrecht **ex capite consanguinitatis** nachbehält, so man man unmöglich sagen, das Erbrecht sei einem solchen Kinde unverletzt und unverrückt geblieben. Schon deshalb nicht, weil es statt zweier im subsidiären Verhältniß zu einander stehenden Titel des Erbrechts künftig deren nur einen, und zwar den eventuellen, nachbehält, und sodann, weil ihm auch **in concreto** das Erbrecht durch Solche, mit denen es früher concurrirte, entrissen wird. Es wird jedenfalls eine Veränderung der Sachlage, eine Verrückung des Erbrechts herbeigeführt, welche das abgesonderte Kind möglicher Weise von der Erbschaft des **parens superstes** ganz ausschließen kann, und von der man daher unmöglich sagen kann, daß sie nicht eine Verletzung des ursprünglich bestandenen **juris succedendi** enthalte.

Jene erklärenden Worte der Verordnung müssen daher in der That einen andern und zwar gerade den Sinn haben, es recht scharf hervorzuheben, daß der Vertrag, bei welchem **ipso jure** und ohne Protestation und Reservation die Erbrechte in das Gut des **parens superstes** unverrückt und unverletzt bleiben, eben nur eine particulaire und keine totale Absonderung enthalte. Und diese Ansicht dürfte auch mit den Worten der Verordnung sich sehr wohl vereinigen lassen. Sehen wir zunächst auf die Gutachten der drei Magistrate, so hat bloß das Itzehoer Gutachten den Ausdruck, daß den Kindern das Erbrecht nach dem überlebenden **parens ipso jure** vorbehalten bleibe, die beiden andern sagen schlechthin, daß ihnen dieses Erbrecht unverletzt bleibe; keines von den dreien enthält den Zusatz: **sine ulla protestatione et reservatione.**

Denkt man sich nun den Fall einer particulairen Abtheilung nach einem verstorbenen Ehegatten practisch, so können dabei zwei Fälle vorkommen. Entweder der **parens superstes** beabsichtigt von vorn herein die Kinder nur von dem Gute des Verstorbenen abzufinden, und thut denselben einen Ausspruch oder theilt ihnen einige Güter des Verstorbenen zu, mit der ausdrücklichen Erklärung, daß dies lediglich ihr Erbtheil nach dem verstorbenen **parens** sein solle; so liegt hier ohne weiteres eine bloß particulaire Abtheilung vor; die Kinder sind abgesondert ohne Erbe (von Seiten des abtheilenden **parens**) nach altem Lübschen Recht, sie bleiben mit dem **parens superstes** in Gütergemeinschaft, und ihnen ist die **successio** nach seinem Tode **ipso jure** und ohne daß es dazu einer Protestation oder Reservation bedürfte, unverrückt und unverletzt geblieben.

Bleiben Kinder, nachdem sie von ihrem Vater und Mutter ganz abgesondert, gänzlich zusammen in ihrem Gute ungeschieden, welches derselbigen stirbet, da erbet einer den andern: Sondern sich aber die Kinder von einander ab, welches sodann stirbet, so erben **Vater** und **Mutter**. —

Oder der **parens superstes** beabsichtigt ursprünglich seine Kinder bei der Theilung ganz abzusondern, giebt ihnen aber von dem ganzen Gute nicht genug heraus, oder auch er erklärt nur nicht seine Absicht, die Abtheilung bloß vom Gute des Verstorbenen zu beschaffen, so daß also im Zweifel nach **Art. 33 J. Lub. II.** 2 eine totale Absonderung angenommen werden müßte. Hier ist es Sache der Kinder oder ihrer Vormünder, durch eine Protestation und Reservation ihres Erbrechts nach dem überlebenden **parens** das Präjudiz der Totalabsonderung von sich abzulehnen, und den Zweifel über die Art der Abtheilung zu beseitigen. Hiezu steht ihnen nach **Art. 34 J. Lub. II.** 2 die Befugniß zu, und machen sie davon Gebrauch, so ist **in effectu** ganz dasselbe Verhältniß herbeigeführt, welches **ipso jure** eintritt, wenn der abtheilende **parens** mit der desfälligen Willenserklärung die Initiative ergreift.

Aus dieser rein practischen Anschauung heraus können wir nun nicht anders glauben, als daß der Gesetzgeber unter dem zweiten der in der Verordnung aufgestellten Fälle eine particulaire Abtheilung von dem Gute des verstorbenen **parens** habe bezeichnen wollen, welche von vorn herein durch den erklärenden Willen des abtheilenden **parens** als solche charakterisirt wird. Er hebt dieses Moment sehr scharf und sogar viel schärfer hervor, als die Gutachten der Magistrate, um es eben auszusprechen, daß nicht die Protestation und Reservation das specifische Kennzeichen der particulairen Absonderung im Gegensatze der totalen sei, sondern daß es genüge, wenn der abtheilende **parens** seinen desfälligen Willen in dem Vertrage ausgesprochen habe. Jener andere Fall, da die Abtheilung durch eine ausdrückliche Protestation und Reservation der Kinder oder ihrer Vormünder als eine bloß particulaire characterisirt wird, ist aber natürlich, weil **in effectu** mit dem ersteren identisch, in den Voraussetzungen der Verordnung mit enthalten; er brauchte nicht erwähnt zu werden, weil die Kategorie durch die Worte der Verordnung klar genug aufgestellt und abgegränzt war.

Die Verordnung gehet hiernächst zur Relation desjenigen über, was nach der Ansicht der petitionirenden Magistrate in den aufgestellten Fällen Rechtens sei, und giebt den Grund an, weßhalb dieselben eine ausdrückliche gesetzliche Sanction ihrer Ansicht begehren. Es sei, heißt es, bisher bei ihnen über Menschen Gedenken für unstreitig Lübisch Recht gehalten worden, daß in den aufgestellten Fällen, nach dem Tode eines der abgetheilten Kinder dessen Erbschaft auf seine mitabgetheilte vollbürtige Geschwister und nicht auf den **parens** gefallen. Jetzt gäbe es Einige, welche diese Lehre controvers zu machen suchten, weßhalb denn die frühere Observanz gesetzlich möge bestätigt werden. Gemäß dieser Bitte, die der König auch mit den ihm vorgezeigten **manuscriptis exemplaribus** übereinstimmend befunden, verordnet derselbe nun:

> Daß Bürgermeister und Rath in Unsern Städten und wo sonsten dem **Jure Lubecensi** wird nachgegangen, hinführo und zu ewigen Tagen, ungeachtet ob sie im gesammten Gut gesessen oder nicht, **nec obstante art.** 13, 33, 34, welche im widrigen Verstande bishero angezogen worden, also sprechen und erkennen sollen:
>
> > Wenn vollbürtige Brüder und Schwester durch Erbschichtung oder Ausweisung, von dem noch lebenden Vater oder Mutter entweder zum halben Theil oder gänzlich abgesondert und derselben eines ohne Leibeserben verstürbe, daß alsdann des verstorbenen vollbürtigen Bruders oder Schwester Nachlaß nicht auf den Vater oder die Mutter, sondern auf seine vollbürtige Brüdern und Schwestern verfallen solle; Wann aber, deren keiner mehr am Leben, so verfällt des Letzten Erbschaft billig auf die Aeltern.

Aus dem Zweck des Ansuchens der drei Magistrate, so wie der Verordnung selbst ist unzweifelhaft klar, daß der Gesetzgeber eine neue Controverse zu Gunsten der bestehenden Observanz und der früher herrschenden Doctrin abschneiden wollte. Um also den eigentlichen Kern der Verordnung zu finden, ist es nöthig, zu untersuchen, worin die aufgeworfene Controverse bestanden habe. Die Gutachten der Magistrate sowohl, wie die Verordnung selbst, enthalten hierüber in Gestalt der aufgestellten Zweifelsgründe völlig genügende Auskunft. Die betreffende Stelle des Itzehoer Gutachtens lautet:

> ungeachtet was die Kayserl. und Sächsischen Rechte (hierunter vielleicht das Hamburger Recht?) dann auch **Art. 13 t. 2 l. 2 in verb.:** „sofern sie aber" ꝛc., möchte disponiren.

Die beiden andern Gutachten drücken sich so aus:

> ungeachtet was irgends **ex verbis finalibus Art. 13 t. 2 l. 2 distinguendo** zwischen abgesonderten und nicht abgesonderten Kindern könnte und möchte hereingeführet werden.

Die Verordnung selbst besagt:

> ungeachtet ob sie im gesammten Gut gesessen oder nicht, **nec obstante Art.** 13, 33, 34, welche im widrigen Verstande bisher angezogen worden.

Man siehet hieraus ganz deutlich, daß die Neuerer in den in der Verordnung erwähnten Fällen eine Distinction machen wollten. Was dies für eine Distinction gewesen, kann ebenfalls nicht zweifelhaft sein.

In den Fällen nämlich, da nach dem Tode des einen Ehegatten der Ueberlebende die Kinder gänzlich von sich abgesondert hatte, konnte es nach Artikel 7, 13 **J. L. II.** 2 niemals zweifelhaft sein, daß das Erbrecht der Geschwister dem des **parens superstes** vorging. Wenn aber der Fall einer particulairen Abtheilung, welche nach **Art.** 33, 34 keine eigentliche Absonderung ist, vorlag, so berief man sich auf den **Art.** 13, deducirte, daß der **parens** von einem particulair abgetheilten Kinde Erbe zu nehmen näher sei, als die Vollgeschwister und verstand demgemäß den **Art.** 6 nur von Fällen, da die Theilung nach dem verstorbenen **parens** zugleich eine Absonderung **s. str.** befaßte.

Hiernach wird denn auch der Ausdruck der Verordnung:

> ungeachtet ob sie im gesammten Gut gesessen, oder nicht,

nur dahin verstanden werden können:

> daß es nicht darauf ankommen solle, ob die Kinder von dem **parens superstes** bloß particulair abgetheilt und daher mit ihm selbst noch **in communione** verblieben, oder ob sie gänzlich abgesondert waren.

Denn ist es bloß diese Distinction in der zu beseitigenden Controverse vorhanden; die Gutachten der Magistrate erwähnen keine andre und die Verordnung bezieht sich lediglich auf diejenigen Artikel des Lübschen Rechts, denen zufolge eben diese und keine andre Unterscheidung gemacht werden könnte, und sagt, daß diese Artikel im widrigen Verstande — d. i. im Widerspruch mit dem, was der bisherigen Doctrin und der Observanz gemäß, und was der Gesetzgeber jetzt ausdrücklich sanctioniren will, — bisher angezogen worden.

Hiemit dürfte denn auch die von Falck **l. cit. pag.** 517 ff. aufgestellte Ansicht widerlegt sein, welcher die Worte der Verordnung:

> ungeachtet, ob sie im gesammten Gut gesessen oder nicht,

bloß auf das Verhältniß der Geschwister unter sich beziehen will, und darin eine Ausmerzung der Bestimmung des **Art.** 6: „ehe und zuvorn die Kinder unter sich selbst getheilet hätten" — findet. Von dieser Distinction ist bis dahin in der Verordnung so wenig die Rede gewesen, als dieselbe in den Gutachten der Magistrate erwähnt wird, und der in Rede stehende **passus** so aufgefaßt, wie Falck will, würde daher ohne jeden Haltpunct völlig in der Luft schweben, während er nach unserer Auffassung als mit der ganzen Genesis der Verordnung und deren übrigen Inhalt als im festen Zusammenhange stehend erscheinen dürfte. Außerdem darf nicht unerwähnt bleiben, daß die Verordnung keineswegs ein correctorisches Gesetz ist, daß sie vielmehr das revidirte Lübsche Recht als geltendes Gesetz voraussetzt, und nur eine zweifelhafte Interpretation desselben beseitigen und feststellen will. Wäre aber Falck's Meinung richtig, so würde die Verordnung eine klare Abänderung des **Art.** 6 enthalten. Nun ist dieselbe zwar eine authentische Interpretation; ihr Inhalt müßte daher sogar im Falle einer materiellen Unrichtigkeit selbst gegen das interpretirte Gesetz für gültig angesehen werden. Aber man darf doch einen solchen Widerspruch nicht zulassen, wenn eine andere Auffassung des gesetzgeberischen Willens logisch möglich oder gar wahrscheinlich ist; und Falck's Ansicht wird daher um so weniger Beifall finden können, da sie, wie gezeigt, aus der Verordnung gar nicht einmal logisch abzuleiten sein dürfte, vielmehr willkürlich in dieselbe hineingetragen scheint.

Wir kommen jetzt zu den eigentlich dispositiven Worten der Verordnung, welche lauten:

> Wann vollbürtige Brüder oder Schwestern, durch Erbschichtung oder Ausweisung von dem noch lebenden Vater oder Mutter entweder zum halben Theil oder gänzlich abgesondert, und derselben eines ohne Leibeserben verstürbe, daß alsdann des verstorbenen vollbürtigen Bruders oder Schwester Nachlaß nicht auf den Vater oder die Mutter, sondern auf seine vollbürtige Brüder und Schwestern verfallen solle.

Es kommt hier zunächst wieder auf die Bedeutung der Worte: „durch Erbschichtung oder Ausweisung" und der Worte: „entweder zum halben Theil oder gänzlich abgesondert" an. Will man nun nicht eine ganz unverständige und widersinnige Redaction der ganzen Verordnung annehmen, wozu man weder nach Interpretationsregeln **a priori**, noch auch durch den bisherigen Inhalt des Gesetzes berechtigt ist, so können die genannten Stellen nicht anders verstanden werden, als daß darunter dieselben Fälle begriffen sind, welche in der Einleitung angegeben worden, und zwischen denen der nach neuerer Doctrin hereingeführte Unterschied aufgehoben werden soll. M. a. W. es muß auch hier wieder der Fall der totalen Absonderung und der particulairen Abtheilung neben einander gestellt sein. Diese Auffassung entspricht auch den gebrauchten Ausdrücken. Was zwar zunächst die Worte: „durch Erbschichtung oder Ausweisung" betrifft, so kann denselben wohl schwerlich nach einer oder der andern Seite hin eine technisch scharf begrenzte Bedeutung untergelegt werden. Dies ist aber auch gar nicht nöthig. Erbschichtung und Ausweisung sind die beiden möglichen Arten der Contracte, durch welche im Allgemeinen ein **parens** mit seinen Kindern sich auseinandersetzt; sie können beide, je nach Verschiedenheit ihres Inhalts, eine totale Absonderung der Kin-

der oder nur eine particulaire Abtheilung vom Gute des Verstorbenen bewirken. Diese beiden Ausdrücke stehen daher in der Verordnung, das ganze Gebiet derselben umfassend, coordinirt neben einander, und erhalten erst durch das folgende:

> entweder zum halben Theil oder gänzlich abgesondert,

ihre nähere Bestimmung. In diesen Worten: „entweder zum halben Theil oder gänzlich abgesondert," treten uns die in der Einleitung und in der Anführung der Controverse aufgestellten Gegensätze wieder entgegen. Der Satz enthält offenbar eine Antithese, und unter den sich entgegengesetzten, daher sich gegenseitig ausschließenden Fällen dürfte nach dem ganzen Zusammenhange und im Anschluß an das Frühere nur einerseits die particulaire Abtheilung und andrerseits die gänzliche Absonderung zu verstehen sein. Mit Unrecht dürfte Falck (l. cit. pag. 518, 519) hier eine Dunkelheit finden, welche in der That nur daher rührt, daß die Unterscheidung, welche, wie er selbst zugiebt, der Gesetzgeber wahrscheinlich im Sinne gehabt, zu seiner Auffassung der ganzen Verordnung nicht recht passen will.

Eben so wenig scheint das frühere Holsteinische Obergericht das Richtige zu treffen, wenn dasselbe (cf. bei Falck l. cit. pag. 117) die Ansicht aufstellt, es müsse auch unter den Worten: „zum halben Theil abgesondert," ein Fall der Totalabsonderung verstanden werden, weil auf eine particulaire Absonderung der Ausdruck „zum halben Theil" gar nicht passen würde. Das Warum aber bleibt jene Erörterung gänzlich schuldig. Kurz vorher heißt es dort, die Worte Erbschichtung und Ausweisung hätten den Sinn: Bei der Erbschichtung werde den Kindern die Hälfte des Gesammtguts wirklich herausgegeben, und bei der Ausweisung würden dieselben durch Geding oder Zuschreibung gänzlich abgesondert. Aber das Obergericht dürfte sich hierin selbst widersprechen, indem es ja weiter oben ausdrücklich anerkennt hat, daß der parens superstes, wenn es nach dem Tode eines Ehegatten zur Theilung mit den Kindern kommt, welche eben nur eine Erbschichtung oder Ausweisung sein kann, zur gänzlichen Absonderung derselben gar nicht, sondern eben nur dazu verpflichtet ist, die Kinder vom Gute des Verstorbenen abzufinden. Die Interpretation des Obergerichts an diesem Orte dürfte deshalb eine petitio principii genannt werden, die um so gewagter erscheint, da sie dem vorhergehenden Inhalt der Verordnung widerspricht, ohne an sich durch genügende Gründe unterstützt zu sein. Vielmehr wird man dem Geiste der Verordnung gemäß nicht umhin können, anzunehmen, daß die Worte „Erbschichtung oder Ausweisung" nur die möglichen Formen der Theilungen im Allgemeinen bezeichnen, und beide, je nach ihrem concreten Inhalt, eine bloß particulaire oder eine totale Absonderung der Kinder bewirken können. Die nähere Bestimmung dieser möglichen Wirkungen findet sich in den folgenden Worten: „zum halben Theil oder gänzlich abgesondert". Die Worte: „gänzlich abgesondert" enthalten eben das dem revidirten Lübschen Recht eigne Kunstwort, bei dessen Bedeutung wir um so mehr stehen bleiben müssen, da es aufs beste zum Ganzen paßt. Die Worte: „zum halben Theil abgesondert" können nun schon der Satzverbindung nach nicht wohl etwas Anderes, als den Gegensatz, die particulaire Abtheilung, andeuten, denn dieser Begriff ist es, der dem logischen Zusammenhange zu seiner Abrundung noch fehlt. Auch sind die Worte zur Bezeichnung dieses Begriffs ganz geeignet. Denn der Ausdruck: „zum halben Theil abgesondert" ist im Lübischen Rechtsbuche kein terminus technicus, der irgend etwas Anderes um des Worts willen bedeuten müßte. Für das, was der Gesetzgeber ausdrücken wollte, gab es ein Kunstwort, wie das spätere: „particulaire Abtheilung oder Absonderung," damals noch nicht, und wollte er sich daher nicht einer langstyligen Umschreibung bedienen, so mußte er, um das auszudrücken, was bereits früher deutlich genug bezeichnet war, einen einzigen kurzen Ausdruck erfinden. Diesem Zweck dienen die Worte: „zum halben Theil abgesondert" auch ganz vollkommen, da der Sinn derselben aus dem früheren Inhalt der Untersuchung klar genug ist.

Um nun die Resultate der bisherigen Untersuchung kurz zusammenzufassen, so dürfte der Inhalt der Verordnung einfach der sein:

> Wenn bei beerbter Ehe der eine Ehegatte verstirbt, und der andere die Kinder aus dieser Ehe entweder gänzlich absondert, oder auch nur particulair, d. h. von dem Gute des Verstorbenen abtheilt, so sollen, wenn nachher eins der abgetheilten Kinder verstirbt, ohne Rücksicht darauf, ob die Abtheilung eine totale oder eine bloß particulaire Absonderung war, und ohne daß die Schlußworte des Art. 13 J. Lub. II. 2 auf diesen Fall Anwendung leiden, in der Beerbung eines solchen Kindes stets dessen mitabgetheilte Vollgeschwister dem parens superstes vorgehen.

Wir stehen mit diesem Resultate völlig auf dem Boden des Lübschen Rechts, wie wir solches oben aus dem Art. 6 J. Lub. II. 2, auf welchen sich auch die Magistrate der drei Städte ausdrücklich beziehen, abgeleitet haben, nur mit dem einen Unterschiede, daß es noch nicht ausgemittelt ist, ob auch die Beschränkung des Art. 6 auf den Fall, wenn die Kinder unter

sich in Gemeinschaft geblieben sind, als **condicio tacita** unter den Voraussetzungen der Verordnung begriffen, oder ob durch dieselbe diese Beschränkung stillschweigend beseitigt erscheint. Wir werden schließlich noch diese Frage vom practischen Standpuncte aus zu erörtern haben; zunächst aber sei es vergönnt, noch eine kurze Bemerkung über das allgemeine Resultat unserer Untersuchung hier anzuknüpfen.

Wir haben es in der Verordnung vom 6. December 1623 nicht mit einem neuen Gesetze, sondern mit der autenthischen Interpretation eines bereits bestehenden Gesetzes zu thun, welches der Gesetzgeber voraussetzt und anerkennt, und welches er keineswegs aufheben und abändern, sondern erklären und bestätigen will. Wenn daher auch die authentische Interpretation an sich Gesetzeskraft hat, so muß dieselbe doch ihrem Inhalte nach so ausgelegt werden, wie sie sich dem Bestehenden am einfachsten anschließt. Sollte es uns nun gelungen sein, den Beweis zu führen, daß die Controverse, auf deren Entscheidung nach den Vorschriften des revidirten Lübschen Rechtsbuchs und den älteren **codices** es bei gegenwärtiger Verordnung ankam, durch dieselbe nach unserer Auslegung dem Geiste des Lübschen Rechts gemäß wirklich entschieden ist, und daß die Worte der Verordnung, so aufgefaßt, auch den Sinn und Willen des Gesetzgebers ohne irgend einen sprachlichen Zwang in zweckmäßiger und deutlicher Gedankenfolge ausdrücken, so würden wir glauben, hiedurch unsre Ansicht am sichersten gerechtfertigt zu haben.

Die Frage aber, ob denn die Disposition der Verordnung sich auch auf den Fall beziehe, wenn particulair abgetheilte Kinder sich unter einander bereits separirt haben, scheint uns, nachdem der Inhalt der Verordnung selbst bereits erschöpfend untersucht worden, ohne daß sich dabei eine Stelle zur Behandlung dieser Frage gefunden hätte, weniger exegetisch als vielmehr practisch wichtig zu sein. Denn es handelt sich um eine Unterscheidung, die in der Verordnung nicht, oder wenigstens nicht erkennbar berücksichtigt ist, und wir glauben nicht zu irren, wenn wir annehmen, daß der Gesetzgeber bei Erlassung der Verordnung an dieselbe gar nicht gedacht habe, wozu auch um so weniger eine äußere Veranlassung vorlag, da die Gutachten der Magistrate ebenfalls diese Unterscheidung nicht erwähnen. Wir haben indeß oben einige Gründe angeführt, wonach man vermuthen könnte, daß die Magistrate eben den Fall, wenn die zusammen abgetheilten Kinder in Gemeinschaft verblieben waren, als den damals regelmäßigen vor Augen gehabt und vorausgesetzt haben. Vielleicht war diese Voraussetzung aber eine weniger bewußte, indem sie sonst auch wohl ausdrücklich in die Gutachten aufgenommen wäre. Bei so beschaffener Vorlage aber läßt sich um so weniger erwarten, daß die Tendenz des Gesetzgebers auf diese, die eigentliche Controverse nicht direct berührende Frage und deren Entscheidung im bejahenden oder verneinenden Sinne mit Bewußtsein gerichtet gewesen ist, da wir sonst hierüber in dem Gesetze bei dessen sehr ausführlicher Fassung wohl eine Andeutung finden würden, und es wird daher unsere Untersuchung über die aufgestellte Frage, soweit wir bloß exegetisch verfahren, mit einem **non liquet** abgeschlossen werden müssen.

Die Praxis läßt sich jedoch mit einem solchen **non liquet** nicht abspeisen, sondern fordert ein bestimmtes Resultat. Denken wir uns einen Fall, wie er nach der Relation bei Falck (**l. cit. pag.** 139 **ff.**) dem Obergericht zur Entscheidung vorlag. Die Erbprätendenten nach einem ohne Leibeserben Verstorbenen waren einerseits der Vater, von dem der Erblasser **ratione maternorum** abgefunden, aber nicht gänzlich abgesondert war, andrerseits dessen mitabgetheilte (nicht abgesonderte) Vollgeschwister, welche aber die **bona materna** unter sich und mit dem Erblasser früher aufgetheilt hatten. Wäre Letzteres nicht der Fall gewesen, so hätten nach **Art. 6 J. Lub. II. 2** und der diesen Artikel interpretirenden Verordnung vom 6. December 1623 die Geschwister obsiegen müssen. War nun der Fall aus dem Grunde von der Disposition der Verordnung ausgeschlossen, weil die Theilung unter den Kindern bereits vollzogen war, — oder nicht? — Hierauf darf der Practiker die Antwort nicht schuldig bleiben.

(Der Beschluß folgt.)

Entscheidungen.

Kann der gerichtlich bestellte Vormund die Vormundschaft aus dem Grunde ablehnen, weil sein Mündel Verwandte hat, die diesem dem Grade der Verwandtschaft nach näher stehen?

Auf die **sub præs.** den 7ten Juli d. J. hieselbst eingereichte Vorstellung und Bitte des Hofbesitzers Wilhelm Busch im Kronprinzenkooge, Supplieanten, betreffend die Uebernahme der Vormundschaft über die

unmündigen Kinder des verstorbenen Johann Christopher August Willsdorf in Norder-Barlt, jetzt Supplication wider den Bescheid der Süderdithmarsischen Landvogtei vom 12. Juni d. J.,

wird, nach erstattetem Bericht der Süderdithmarsischen Landvogtei, unter abschriftlicher Mittheilung des von der Landvogtei eingezogenen Berichts der Kirchspielvogtei zu Barlt,

in Betracht, daß der Umstand, daß mehrere Verwandte der Pupillen den letzteren dem Verwandtschaftsgrade nach näher stehen, wie der zur Vormundschaft durch die obervormundschaftliche Behörde berufene Supplicant, für diesen im vorliegenden Fall keinen genügenden Ablehnungsgrund darbietet, indem die in der Supplicationsschrift angezogenen Bestimmungen der Constitution zu besserer Administrirung der Justiz in Dithmarschen vom 5. Januar 1642 und der Vormünderverordnung vom 13. September 1743 nicht in dem Sinne aufgefaßt werden dürfen, als wenn bei obrigkeitlicher Bestellung von Vormündern immer nur auf den Grad der Verwandtschaft zu sehen sei, dabei vielmehr zugleich auch sonstige dem Interesse der Unmündigen entsprechende Gründe der Zweckmäßigkeit in Betracht gezogen werden müssen und es im vorliegenden Fall in den Gründen, welche dafür in dem eingezogenen Bericht der Barlter Kirchspielvogtei geltend gemacht werden, seine hinlängliche Motivirung findet, daß anstatt anderer, dem Verwandschaftsgrade nach den Pupillen näherstehende Verwandte der entferntere Verwandte, der Supplicant, zur Vormundschaft berufen worden ist,

hiedurch von Obergerichtswegen

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Urkundlich 2c. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 14. September 1854.

Ueber die Frage: ob von mehreren Vormündern Einer ohne Zuziehung des Andern zur Proceßführung für den Mündel legitimirt ist.

Der 17jährige Dienstknecht Theodor Napp war nebst seinem Stiefvater Thomas Stelling in einer Gesindesache von dem Landesgevollmächtigten Brütt zu Ammerswurth belangt und nach terminlicher Verhandlung von der Süderdithmarsischen Landvogtei ein ihn dem Klagantrage gemäß verurtheilendes Erkenntniß abgesprochen worden.

Dies Erkenntniß ward von dem Vormund des Theodor Napp, Peter Napp, als nichtig angefochten, weil sein Mündel ohne vormundschaftliche Vertretung vor Gericht aufgetreten war, und allerdings konnte es, da der Unmündige gerichtlich bestellte Vormünder hatte, nicht zweifelhaft erscheinen, daß der Stiefvater Stelling nicht zur Vertretung des Pupillen legitimirt gewesen, das Verfahren daher wegen unheilbarer Nichtigkeit zu cassiren sei.

Dabei kam es aber weiter auch in Frage, ob der Vormund Peter Napp seinen Mündel allein im Processe zu vertreten legitimirt sei. Derselbe hatte sich hierfür darauf berufen, daß er einstweilen seinen Mitvormund Joh. Sternberg in Meldorf mit vertreten müsse, weil derselbe im Concurse befindlich. Sein Gegner wollte diesen Grund nicht gelten lassen und bestritt in der eingezogenen Erklärung die Legitimation des Vormundes Peter Napp, weil derselbe nicht ohne seinen Mitvormund für den beiderseitigen Mündel Processe führen könne. Das Obergericht verwarf jedoch diesen Einwand in dem unterm 8. Sept. 1854 abgegebenen, das stattgehabte Verfahren cassirenden Bescheide, indem es sich dabei von der Erwägung leiten ließ, daß nach gemeinem Recht in allen Fällen, wo mehrere Vormünder bestellt sind, ohne daß dem Einen ausschließlich die Administration übertragen worden, jeder der Vormünder das **jus agendi** hat,

vgl. **l. 3 D. de curatore bonis dando,**
u. **l. 24 § 1 D. de adm.,**
Rudorff, Vormundschaft, B. II. S. 452,

diese Bestimmung des gemeinen Rechts auch durch specielle Vorschriften des vaterländischen Rechts nicht abgeändert worden ist,

vgl. Falck, Schlesw. Holst. Privatrecht, Bd. 5, S. 96.

Allerhöchst privilegirte
Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen **Henrici** *und* **Lucht.**
Gedruckt bei **Augustin** *in Glückstadt.*

11. Stück. Den 17. März 1856.

Ueber den Sinn und die practische Bedeutung der Verordnung Christians des Vierten vom 6. December 1623, daß in den Städten Lübischen Rechts die Aeltern ihren abgetheilten Kindern anders nicht, als wenn sie keine mitabgetheilte vollbürtige Geschwister hinterlassen, erben sollen.

(Beschluß.)

Und es sind hauptsächlich folgende Erwägungen, welche zu einer Beantwortung dieser Frage behufs practischer Rechtsanwendung führen dürften.

1) Bei einer authentischen Interpretation, die das stillschweigende, oder wie hier, auch ausgesprochene Postulat enthält, nur Erklärung und Befestigung des Bestehenden, nicht Schöpferin eines Neuen zu sein, kann man eine Abänderung des bestehenden Rechts nur da annehmen, wo der Wille des Gesetzgebers ausdrücklich oder doch wenigstens bestimmt erkennbar auf eine solche Abänderung gerichtet war. Ein solcher Wille des Gesetzgebers aber ist in der vorliegenden Verordnung nicht allein nicht erkennbar, sondern es ist sogar nicht unwahrscheinlich, wenn auch eine Gewißheit hierüber nicht zu erlangen stehet, daß die ihm vorschwebenden oder vorgelegten Fälle einer particulairen Abtheilung als **condicio tacita** das Moment enthielten, daß die abgetheilten Kinder noch in Gemeinschaft unter sich verblieben waren.

2) Eine authentische Interpretation ist im Zweifel immer so auszulegen, daß sie einem von ihr **in thesi** anerkannten System keinen Abbruch thut. Wenn nun die dispositiven Worte der Verordnung auf solche Fälle nicht bezogen werden, in denen die abgetheilten Kinder ihr Erbgut unter sich schon getheilt haben, so ist sie dem System des **primo loco** auf der Gütergemeinschaft beruhenden Lübschen Erbrechts ganz gemäß; sie beläßt dem **parens superstes** sein vorzugsweises Erbrecht nach nicht abgesonderten Kindern, und erklärt dasselbe nur in den Fällen für unwirksam, wo unter den Kindern eine engere, den **parens** ausschließende Gemeinschaft existirt, innerhalb deren die Kinder sich, ganz consequent, mit Ausschluß des **parens** beerben sollen. Würde aber die Verordnung im entgegengesetzten Sinne interpretirt, so würde das System des Lübschen Erbrechts offenbar durchbrochen und ein Fall, in welchem nach anerkannten Principien des Systems das Erbrecht **ex communione bonorum** zur Geltung kommen muß, principwidrig unter die Erbfälle **ex jure sanguinis** gestellt.

3) Endlich beziehet sich die Verordnung vom 6. December 1623 auch nur auf eine ganze Kategorie des **Art 6 J. Lub. II.** 2 und stellt diese hinsichtlich ihrer Voraussetzungen fest, dahin, daß unter der dort erwähnten Theilung nach dem verstorbenen **parens** jede Art der Theilung, insbesondere auch die bloß particulaire Abtheilung, verstanden werden, und daher der **Art. 13 in fine** auf Fälle particulairer Theilung unter den Voraussetzungen des **Art.** 6 nicht angewendet werden solle. Das Detail des **Art. 6** kann aber nach der Regel: **lex generalis non derogat legi speciali** hiedurch für stillschweigend aufgehoben nicht erachtet werden. Für den practischen Gebrauch kann die Verordnung mithin über das Gebiet des **Art. 6 J. Lub. II.** 2, ~~als~~ dessen authentische Interpretation wir sie schließlich ansehen zu müssen glauben, nicht hinaus erstreckt werden, und es folgt, daß die Disposition derselben in Fällen particulairer Abtheilung nur dann angewendet werden kann, wenn die abgetheilten Kinder unter sich in Gemeinschaft geblieben sind.

Solchemnach würde sich denn für die Bestimmung und Entscheidung des im Anfange dieser Abhandlung

aufgestellten Erbfalles und seiner verschiedenen Unterfälle Folgendes ergeben:

1) Der Erblasser war ein total abgesondertes Kind. Hier erben **primo loco** die mitabgesonderten Vollgeschwister, **secundo loco** die nicht abgesonderten Vollgeschwister, **tertio loco** der **parens**,

nach **Art. 7 J. Lub. II.** 2.

2) Der Erblasser war nur particulair, vom Gute des verstorbenen **parens**, abgetheilt, und hatte

a) das ihm und seinen mitabgetheilten Vollgeschwistern zugefallene Erbgut des verstorbenen **parens** mit denselben noch nicht aufgetheilt. Hier erben **primo loco** die mitabgetheilten Vollgeschwister, **secundo loco** der **parens superstes**,

nach **Art. 6 J. Lub. II.** 2 und der Verordnung vom 6. December 1623;

b) hatte der Erblasser das Erbgut des verstorbenen **parens** mit seinen mitabgetheilten Vollgeschwistern bereits aufgetheilt, so erbt **primo loco** der **parens superstes**,

nach **Art. 6, 13 J. Lub. II.** 2.

Nach der jetzt allgemein üblichen Einrichtung der Theilungen nach einem verstorbenen Ehegatten, wobei stets jedem Kinde sein besonderer getrennter Erbtheil zugetheilt oder angewiesen zu werden pflegt, ist nicht zu leugnen, daß die Verordnung vom 6. December 1623 nach unserer Auffassung ihres Inhalts fast nie mehr zur Anwendung kommen kann. Doch ist, so lange noch das System des Lübischen Erbrechts überall Gültigkeit hat, und bis dasselbe etwa durch neuere Codification abgeschafft werden sollte, eben auch das wichtig, den unberechtigten Einfluß der Verordnung auf Fälle zurückzuweisen, auf welche sie nicht als anwendbar erscheinen kann, sollte sie auch dadurch, weil ihre Voraussetzungen nicht mehr vorkommen, gänzlich aus dem Kreise des angewendeten Rechts verdrängt werden.

Entscheidungen.

Das den adeligen Gütern zustehende Jagdrecht ist ein gutsherrliches Recht, welches bei Veräußerung einzelner Gutstheile auf den Erwerber nur dann übergeht, wenn es ihm besonders übertragen worden ist. — Ein Proclam ist unter Berücksichtigung des Zweckes, zu dem es erlassen worden, striete zu interpretiren. — Ueber die Bedeutung der Vorschrift des § 8 der Advocatenordnung, daß der Anwalt die Documente, worauf sich die Klage seiner Partei stützt, in Original und fidemirter Abschrift anschließen soll.

In Sachen der Wittwe Catharina Sophie Auguste Schwerdtfeger, c. c., als p. t. Besitzerin des adeligen Guts Wensien, Justificantin, wider den Landsassen J. C. Bockelmann zu Müssen, Justificaten, betreffend Justification der **sub passu** 2 zum Proclam über das adelige Gut Müssen beschafften Angabe;

hat die Justificantin vortragen lassen:

Im Jahre 1799 habe die damalige Besitzerin des adeligen Guts Wensien, Wilhelmine Catharina Elisabeth Schwerdtfeger, den zu Wensien gehörigen Meierhof Müssen an Paul Albrecht Butenschön verkauft und in Folge dessen sei durch allerhöchste Resolution vom 19. December 1806 Müssen in die Zahl der adeligen Güter aufgenommen. In der unterm 23. December 1799 errichteten Appunctuation heiße es § 13:

> die hohe Jagd, Dammwild und Rehe, verbleibt der Verkäuferin. Die niedere Jagd hingegen dem Herrn Käufer.

In Uebereinstimmung hiermit sei in dem zu **Kiel in Octavia Trium Regum 1801** von der Verkäuferin vollzogenen Kauf- und Gewährungsbriefe unter den mit dem Gute verkauften Pertinentien und Gerechtsamen ausdrücklich nur der niederen Jagden Erwähnung gethan, folglich die hohe Jagd dem Käufer des Guts Müssen nicht mit verkauft und gewährleistet worden. Es hätten auch sowohl Butenschön selbst als dessen Erben, von denen erst neuerdings das adelige Gut Müssen an den Justificaten verkauft worden, sich fortwährend der hohen Jagd auf der Müssener Feldmark enthalten und der ununterbrochenen Ausübung der hohen Jagd durch Wensiener Jagdberechtigte nie das Mindeste in den Weg gelegt, dies Recht des

Guts Wensien sei also von den Besitzern des adeligen Guts Müssen stets anerkannt worden. Unter solchen Umständen würde Justificantin es gewiß unterlassen haben, wegen eines Gegenstandes, der nie ein Theil des jetzt proclamirten Guts Müssen gewesen, eine Angabe zu machen, falls sie nicht durch das angeschlossene Schreiben des Justificaten dazu speciell provocirt worden. Der Justificat gehe in diesem Schreiben von einem völlig irrigen Standpuncte aus, wenn er der Ansicht widerspreche, als sei die Ausübung der hohen Jagd nie auf das adelige Gut Wensien übertragen worden. Denn von einer Uebertragung der hohen Jagd habe zu keiner Zeit die Rede sein können, weil das adelige Gut Müssen nie im Besitz der hohen Jagd gewesen. Uebrigens stehe auch noch, wie aus Vorstehendem hervorgehe, der Justificantin sowohl die ordentliche, wie die unvordenkliche Verjährung als Erwerbsgrund zur Seite und trage sie sonach darauf an:

> daß das von ihr **sub passu** 2 beschaffte **professum**, unter Verurtheilung des Justificaten zur Erstattung der Kosten der Angabe wie der Justification, dahin für justificirt erachtet werden möge, daß dem adeligen Gut Wensien das Recht der hohen Jagd (Dammwild und Rehe) auf der Feldmark des adeligen Guts Müssen zustehe.

Justificat hat dagegen **excipiendo** vortragen lassen: Es sei wahr, daß das jetzige adelige Gut Müssen im vorigen Jahrhundert und bis zum 29. December 1806 ein Meierhof von Wensien gewesen, daß die Demoiselle Schwerdtfeger den durch allerhöchste Resolution zu einem adeligen Gut erhobenen Meierhof Müssen an den seligen A. Butenschön verkauft, am 23. December 1799 eine Appunctuation und später (ob in **O. T. R.** 1801, wisse Justificat nicht; es sei wahrscheinlich erst nach 1806 geschehen und der Kaufbrief vielleicht antedatirt) einen Kaufbrief darüber mit dem Käufer errichtet habe. Wie es den Anschein habe, wolle nun die Justificantin, welche die confessorische Klage gegen den Eigenthümer des angeblich dienenden Grundstücks anstelle und der es daher obliege, Rechts- und Entstehungsgrund der Servitut nachzuweisen, auf den Kaufbrief und die Appunctuation die von ihr in Anspruch genommene Servitut begründen, so daß ein Vorbehalt des Servitutenrechtes, **deductio servitutis**, in Frage stehen würde, da es der Justificantin aber nicht gefallen, Kaufbrief und Appunctuation anzulegen, so könne der vermeintliche Rechtsgrund des vorbehaltenen Servitutenrechts bei der richterlichen Beurtheilung nicht in Betracht kommen. Er könne es um so weniger, als die Bruchstücke aus den beiden wesentlichen Documenten, welche Justificantin im § 2 und 3 der Klage gegeben habe, durchaus ungeeignet seien, ein solches Recht zu constatiren; denn Kaufbrief und Appunctuation ständen insofern mit einander im Widerspruch, als der § 13 der Appunctuation in den Kaufcontract überall nicht aufgenommen und daher als später redressirt anzusehen sei; auch komme namentlich in Betracht, daß die Justificantin ihr Recht nicht einmal aus einer ausdrücklichen Bestimmung des Contracts ableite, sondern auf eine logische Interpretation dasselbe in Verbindung mit der Appunctuation stützen wolle. Es sei daher mehr als eine Verletzung der Form, wenn die Justificantin jene Documente nicht angeschlossen und dadurch das Gericht in die Unmöglichkeit versetzt, ein Urtheil über den aus dem Kaufbrief in Verbindung mit der Appunctuation hergeleiteten vermeintlichen Rechts- und Erwerbsgrund zu fällen. Auf diesen Grund könne daher um so weniger Gewicht gelegt werden, als Justificantin **sub pœna præclusi** zu justificiren verpflichtet sei und nach gesetzlicher Vorschrift die ihre vermeintlichen Ansprüche begründenden Documente dem Justificationslibelle habe anschließen müssen. Wenn aber jene Documente vorlägen, so würde, zumal, da in dem Kaufbriefe, der dem Justificaten vorliege, die Demoiselle Schwerdtfeger auf alle nicht ausdrücklich eximirte (unter denen die hohe Jagd nicht) Ansprüche an das adelige Gut Müssen verzichtet und dabei der Einrede, daß die Sache anders beredet, als beschrieben worden, sich ausdrücklich begeben habe, sich aus ihnen noch mehr, als aus den von der Justificantin referirten Bruchstücken ergeben, daß beim Verkauf von Müssen an die Constituirung eines dinglichen Rechts für das adelige Gut Wensien nicht gedacht sei. Die Verkäuferin schlechthin, also die Demoiselle Schwerdtfeger, habe sich die hohe Jagd auf Müssen in Gemäßheit der Appunctuation reservirt. Es finde sich dabei keine Bezugnahme auf die Nachfolger im Besitz, nicht die Bestimmung, daß es für ewige Zeiten so verhalten werden solle, es sei überhaupt keine der herkömmlichen und bekannten **termini** in die Kaufappunctuation aufgenommen, durch welche die Volks- und Geschäftssprache die Constituirung oder Reservirung einer Realservitut bezeichne. Es könne also einem vernünftigen Zweifel nicht unterliegen, daß nur der Demoiselle Schwerdtfeger die hohe Jagd habe reservirt bleiben sollen. Aus diesem Grunde erkläre es sich denn auch, daß in dem eigentlichen Kaufbriefe keine Bestimmung über die hohe Jagd aufgenommen sei. Dem seligen Butenschön werde sie das Vertrauen geschenkt haben, daß er ihr für ihre Lebzeit das von ihr für sich persönlich reservirte Recht nicht verkümmern werde, und aus diesem Grunde werde sie es nicht für nöthig erachtet haben, eine solche in der Zukunft vielleicht mißzudeutende Bestimmung in den Kaufbrief mit aufzunehmen. Letzterer schweige also aus dem guten Grunde von der hohen Jagd, weil Müssen mit einer Realservitut nicht habe belastet werden sollen, und es verstoße gegen alle Regeln der Interpretation, wenn

die Justificantin daraus, daß in dem Kaufbriefe die hohe Jagd nicht erwähnt werde, herzuleiten suche, daß selbige eine Pertinenz von Wensien geblieben sei. Es wäre freilich auch nicht nöthig gewesen, in dem Kaufcontract der niederen Jagd als Pertinenz von Müssen zu erwähnen; aber Consequenzen seien aus superfluis am Wenigsten zu ziehen.

Was dann die von der Justificantin behauptete Anerkennung des fraglichen Rechts von Seiten des verstorbenen Butenschön und dessen Erben anlange, so könne eine solche Anerkennung einen selbstständigen Rechtsgrund nicht bilden, und übrigens seien auch die Butenschön'schen Erben nie in der Lage gewesen, das Gut Müssen, welches mit einem Fideicommiß belegt worden, mit dinglichen Rechten belasten zu können.

Es bleibe also nur noch die Verjährung übrig, auf welche sich die Justificantin ebenfalls berufen habe. Schon die nachstehend zunächst zu erwähnenden Vorgänge machten aber die Verjährung zu einer juristischen Unmöglichkeit. Nach Anl. **A** habe der verstorbene Butenschön unterm 14. Juni 1813 zum Zweck der Folieneinrichtung ein Realproclam über das adelige Gut Müssen extrahirt, welches an Alle und Jede erlassen worden, welche irgend einige dingliche zur Protocollation geeignete Ansprüche, sie rührten her, woher sie wollten, an das adelige Gut Müssen zu haben vermeinten. Auf dies Proclam sei das jetzt in Anspruch genommene Realrecht nicht angemeldet und es habe dasselbe daher an dem Tage des geschlossenen Professionsprotocolles, den 9. October 1813, aufs Neue erworben werden müssen. Dies sei nicht behauptet und wenn es wahr wäre, so würde doch 12 Jahre später aufs Neue eine Präclusion eingetreten sein.

Nach Butenschön's Tode hätten nämlich dessen Testamentsexecutoren unterm 27. April 1825 ein Proclam extrahirt. Dies Proclam sei an Alle und Jede erlassen, welche an das adelige Gut Müssen irgend einige Forderungen und Ansprüche, aus welchem Grunde sie immer seien, zu haben vermeinten. Der Nichtanmeldung sei die **pœna præclusi et perpetui silentii** ausdrücklich angedroht worden. Der damalige Besitzer von Wensien habe aber die jetzt von seiner Besitznachfolgerin in Anspruch genommene Servitut nicht angemeldet, und er wie seine Besitznachfolger seien daher damit für alle Zeiten präcludirt.

Daß bei einer solchen zweimaligen Präclusion von einer Acquisitivverjährung nicht die Rede sein könne, leuchte ohne Weiteres ein. Es fehle aber auch, abgesehen davon, an den Requisiten der Verjährung. Nur die unvordenkliche Verjährung könne im hiesigen Lande neben Contract und Privilegium als Erwerbsgrund der Jagdgerechtigkeit in Betracht kommen (Falck, Handbuch, Bd. III., S. 454) die Immemorialpräscription fordere einen Zeitraum des factischen Bestehens von 80 bis 90 Jahren und von der unvordenklichen Verjährung könne daher in diesem Fall schon deshalb nicht die Rede sein, weil die Verjährung mit dem Anfang dieses Jahrhunderts begonnen haben solle. Uebrigens würde aber auch selbst die Sächsische Verjährung von 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen auch dann nicht vollendet sein, wenn die beiden Präclusionen nicht eingetreten seien. Es würde allerdings ein Zeitraum vom 29. December 1806, wo Müssen ein selbstständiges Gut und damit die Möglichkeit einer Verjährung zwischen Wensien und Müssen zuerst eröffnet worden, bis zum 17. April 1840, wo das Jagdgesetz erlassen worden, in Frage stehen und dieser Zeitraum die Sächsische Frist umfassen. Dabei komme aber in Betracht, daß der Besitzer von Wensien, der verstorbene Schwerdtfeger, vom October 1836 bis Oct. Tr. R. 1842 Executor des J. A. Butenschön'schen Testaments gewesen und in diesem Zeitraum habe ihm also die Möglichkeit gefehlt, durch Acquisitivverjährung eine Servitut zu erwerben; da man nicht Herr und Diener zugleich sein könne.

Nach dieser Ausführung hat sodann Justificat zur Ergänzung der in ihr enthaltenen Litiscontestation bemerklich gemacht, wie er es nesciendo speciell in Abrede ziehen müsse, daß der Besitzer von Wensien seit undenklichen Zeiten und namentlich in den 54 oder 48 Jahren, seit welchen überall ein selbstständiges Gut Müssen bestehe, unwidersprochen und fortwährend die hohe Jagd auf der Müssener Feldmark als ein Recht ausgeübt habe. Schließlich hat Justificat, gestützt auf die obige Ausführung, dem Justificationsantrage die Einreden des mangelnden Rechts und der Präclusion opponirt und ein Erkenntniß dahin beantragt:

> daß die profitirte Angabe für nicht justificirt zu erachten, Justificantin daher schuldig sei, die Angabe deliren zu lassen und dem Justificaten die sämmtlichen Proceßkosten zu erstatten.

Von dem Anwalt der Justificantin, welcher bei der mündlichen Verhandlung die Appunctuationen in Original, ferner einen fidemirten Extract aus dem Nebenbuche des landgerichtlichen Schuld- und Pfandprotocolles, den erwähnten Kaufbrief enthaltend, sowie endlich auch die Originale der von den Butenschön'schen Testamentsexecutoren resp. unterm 12. Januar 1834 mit dem Pächter Völkers und unterm 2. April 1843 mit dem Pächter Schröder über das Gut Müssen abgeschlossenen Pachtcontracte producirt hat, ist replicando zur Widerlegung der Einrede der Präclusion bemerklich gemacht worden, daß es einer Angabe auf die erlassenen Proclame nicht bedurft habe, da das Jagdrecht ein Regal sei, die Proclame aber sich nur auf erworbene oder reservirte, das ursprüngliche Eigenthum beschränkende dingliche Rechte erstrecken könnten und Müssen, als es verkauft worden, Meierhof und Pertinenz des Gutes Wensien gewesen, hinfolglich nach Vorschrift des § 1 der Verordnung vom 27. De-

cember 1799 der Kaufcontract allein als Norm der Entscheidung dienen könne, nach diesem aber das Recht der hohen Jagd nicht mit verkauft sei, sondern als Regale bei dem Gute Wensien verblieben, also nie und zu keiner Zeit zum Rechtscomplex des Meierhofes Müssen gehört habe, welcher später freilich zum adeligen Gute erhoben worden sei. Uebrigens stehe auch der Einrede der Präclusion die Replik des Verzichtes entgegen, da nach Ablauf des letzten Proclams, wie durch die producirten Pachtcontracte erwiesen werde, das Recht des Guts Wensien anerkannt worden sei.

Justificat hat gegen die Berücksichtigung der producirten Documente als nova protestirt und im Uebrigen duplicando den Deductionen der Replik contradicirt, und steht solchemnach nach stattgehabter mündlicher Verhandlung zur Frage:

1) ob der Justificationsantrag rechtlich für begründet zu erachten, und event.
2) ob derselbe durch die Einrede der Präclusion elidirt wird, sowie
3) ob den Parteien Beweise aufzuerlegen sind?

In Erwägung nun, daß die Ansicht des Justificaten, wornach die Klage, insoweit sich selbige auf die Appunctuation und den Kaufbrief stützt, schon aus dem formellen Grunde als begründet nicht soll anerkannt werden dürfen, weil die beregten Documente nicht dem Justificationslibelle angeschlossen worden, so wenig in einer positiven Gesetzesvorschrift, als in der Natur der Sache, ihre Rechtfertigung findet, indem die bei der mündlichen Verhandlung allegirte Vorschrift des § 8 der Advocatenordnung vom 17. März 1740, wodurch es den Advocaten zur Pflicht gemacht wird, diejenigen Documente und Urkunden, worauf sich ihrer Parteien Klage gründet, nicht bloß in Original, sondern auch in fidemirter Abschrift, anzuschließen und die Originalien sofort mit der Expedition zurückzufordern, wie die folgenden Worte: „widrigenfalls aber, da etwa die Urkunden abhanden kommen sollten, die Gerichte dafür in keiner Weise responsable seien" mit völliger Evidenz ergeben, keineswegs in dem Sinne aufgefaßt werden darf, als wenn es darnach die Aufgabe der klagenden Partei wäre, bei Vermeidung der Sachfälligkeit schon bei der Klagerhebung dem Libell immer diejenigen Documente anzuschließen, welche als Beweismittel für die agendo geltend gemachten Ansprüche von ihr benutzt werden können;

in Erwägung, daß, wenn es auch dem Justificanten freigestanden hätte, die Appunctuation und den Kaufbrief dem Libell anzuschließen und selbige in solcher Weise ihrem Inhalte nach zu einem Theil der Klage zu machen, es doch selbstverständlich immer lediglich im Belieben der klagenden Partei steht, ob sie ein solches Verfahren einschlagen, oder den für die Begründung des erhobenen Anspruches wesentlichen Inhalt der Contracte in die Klage aufnehmen will;

in Erwägung ferner, daß der im Justificationslibell referirte, die Jagdgerechtigkeit betreffende Inhalt der Appunctuation keineswegs mit der hierüber nach der Behauptung der Justificantin in den später vollzogenen Kaufbrief aufgenommenen Bestimmung in Widerspruch steht, indem es offenbar völlig gleichbedeutend ist, wenn es in der Appunctuation heißt: „die hohe Jagd verbleibt der Verkäuferin, die niedere Jagd hingegen dem Käufer," der Kaufbrief aber ohne die Reservation der hohen Jagd speciell zu erwähnen sich lediglich darauf beschränkt, die niedere Jagd als zu den Pertinentien des Gutes Müssen gehörig mit aufzuzählen, da das Gut Müssen derzeit kein selbstständiges Gut war, sondern als Meierhof des adeligen Guts Wensien eine Pertinenz des Letzteren bildete und das Jagdregal daher in Gemäßheit der Verordnung vom 27. December 1799 bei dem Verkauf von Müssen nur insoweit auf Letzteres überging, als es in dem Kaufcontracte von dem Besitzer des adeligen Guts Wensien auf den neuen Eigenthümer von Müssen übertragen ward;

in Erwägung, daß es aus demselben Grunde auch völlig unzulässig erscheint, der in der Appunctuation ausdrücklich erwähnten Reservation der hohen Jagd die Deutung zu geben, als wenn es dabei nur darauf abgesehen gewesen, ein persönliches Recht für die Dauer der Lebzeit der Verkäuferin zu constituiren, daß Justificat zwar wiederholt in seinen Exceptionalien darauf hingewiesen, daß seine Auffassung sich mit größerer Evidenz als die richtige ausgewiesen haben würde, wenn es der Justificantin gefallen, die erwähnten Documente anzulegen, daß er aber die Richtigkeit seiner Behauptung nicht durch Vorlegung der Documente oder durch Berufung auf den Inhalt der von der Justificantin resp. in Original und Abschrift im Termin producirten Appunctuation nebst Kaufbrief näher nachzuweisen gesucht, sich vielmehr lediglich darauf beschränkt hat, für seine Ansicht speciell hervorzuheben, daß in dem Kaufbriefe die Verkäuferin auf alle nicht ausdrücklich eximirte Ansprüche an das Gut Müssen verzichtet habe und daß die hohe Jagd nicht ausdrücklich eximirt worden, eine Bemerkung, die um so weniger zutreffend ist, weil Müssen nicht als adeliges Gut mit allen demselben als solchen zustehenden Gerechtsamen verkauft worden ist und also das Jagdrecht nicht mit dem Eigenthum übergegangen ist, sondern beim Verkauf nur durch specielle Uebertragung dem Gut Müssen hat verliehen werden können;

in Erwägung, daß die Klage sich solchemnach als begründet darstellt und, was die Einrede der Präclusion anlangt, selbige, insoweit sie sich auf das im Jahre 1813 zum Zweck der Folieneinrichtung erlassene Proclam stützt, schon aus dem Grunde keine Berücksichti-

gung finden kann, weil die Nichtanmeldung auf dies Proclam nach Inhalt und Zweck desselben keine weitere rechtliche Folge hat haben können, als daß die nicht angemeldeten Ansprüche bei der Errichtung des Foliums für Müssen unberücksichtigt geblieben;

in weiterer Erwägung, daß aber auch die Nichtanmeldung der dem adeligen Gut Wensien zustehenden Jagdgerechtigkeit auf das zweite im Jahre 1825 erlassene Proclam dem Justifiraten keine die Klage elidirende Einrede gewähren kann;

in Erwägung nämlich, daß die Proclame, weil sie von der allgemeinen Regel, wornach Niemand gezwungen werden darf, seine Rechte klagend zu verfolgen, eine umfassende Ausnahme bilden, und nur in dem Zweck, zu dem sie erlassen werden, ihre Rechtfertigung finden können, immer unter Berücksichtigung des Letzteren stricte zu interpretiren sind; und

in Erwägung, daß das nach dem Tode des weiland Landsassen Butenschön von dessen Testamentsexecutoren extrahirte Proclam ein Proclam **ad indagandum statum bonorum** gewesen und seinem Inhalt nach nicht hat erkennen lassen, daß es zugleich auch als s. g. dingliches Proclam zur Ermittelung sämmtlicher auf dem Gute Müssen ruhender dinglichen Lasten hat dienen sollen, übrigens auch dem Besitzer von Wensien um so weniger Veranlassung hat geben können, die streitige Jagdgerechtigkeit bei demselben anzumelden, da das Jagdrecht der Holsteinischen adeligen Güter nicht ein bloßer Ausfluß des Eigenthumsrechts, sondern ein besonderes Privilegium, ein gutsherrliches Recht ist, welches bei Veräußerung einzelner Gutstheile auf den Erwerber nur dann übergeht, wenn es ihm besonders übertragen wird;*) das adelige Gut Müssen aber zur Zeit des Verkaufes desselben an Butenschön als Meierhof von Wensien eine Pertinenz dieses adeligen Guts war, dem daher ohne Constituirung eines besonderen Rechts die Jagdgerechtigkeit auf Müssen insoweit verblieb, als sie nicht speciell auf den neuen Erwerber übertragen ward, und hinfolglich auch, nachdem Müssen in die Zahl der adeligen Güter aufgenommen worden, nicht von einem das Eigenthum beschränkenden Recht hat die Rede sein können, sondern sich vielmehr das Verhältniß der beiden adeligen Güter Wensien und Müssen zu einander nun eben nur so gestellt hat, daß das Eine durch das Andere in den den Besitzern adeliger Güter im Allgemeinen zustehenden gutsherrlichen Gerechtsamen beschränkt wird, ein Rechtsverhältniß, welches von der in dem erlassenen Proclam enthaltenen Aufforderung zur Angabe aller an das adelige Gut Müssen zu erhebenden Ansprüche und Forderungen um so weniger betroffen worden, weil es sich ja nicht um Ansprüche und Forderungen an das adelige Gut Müssen handelt, sondern eine gutsherrliche Berechtigung in Frage steht, welche nie zu den Gerechtsamen des adeligen Guts Müssen gehört hat, vielmehr demjenigen Gut verblieben ist, dem sie von jeher zugestanden und das sich ihrer nicht entäußert, als Müssen von demselben abgetrennt worden ist, wie denn auch die producirten Pachtcontracte, welche, insofern sie zur Elidirung der Einrede der Präclusion benutzt worden sind, als unzulässige **nova** nicht betrachtet werden können, ausweisen, daß die streitige Jagdgerechtigkeit des Guts Wensien von den Butenschön'schen Testamentsexecutoren und namentlich auch von denselben Executoren, welche das Proclam extrahirt, nach Ablauf der Proclamsfrist noch fortwährend als fortbestehend angesehen worden ist;

in Erwägung, daß solchemnach die Einrede der Präclusion als unbegründet verworfen werden muß, und mithin das auf das neuerdings erlassene Proclam von der Justifirantin beschaffte **professum** für justificirt zu erachten, da alle für die Klagbegründung wesentlichen thatsächlichen Behauptungen in der Ausführung, auf welche Justificat bei der nachträglichen Ergänzung der Litiscontestation in seinen Exceptionalien verweist, eingeräumt worden sind und von einer Beweisauflage um so weniger die Rede sein kann, weil, sofern nicht in der beregten Ausführung eine bejahende Einlassung auf die wesentlichen **contenta** der Klage gefunden werden könnte, die rechtliche Folge hiervon nur darin würde haben bestehen können, daß dem Justifiraten aufgegeben werden müßte, sich in Gemäßheit der Vorschrift des jüngsten Reichsabschiedes von 1654 besser, wie geschehen, auf die Klage einzulassen,

wird, nach auf eingelegte Receße stattgehabter mündlicher Verhandlung, in Erwägung vorstehender Gründe, hiermittelst von Landgerichtswegen für Recht erkannt:

> daß die von der Justifirantin zum Proclam über das adelige Gut Müssen **sub passu** 2 beschaffte Angabe dahin für justificirt zu erachten, daß dem adeligen Gut Wensien das Recht der hohen Jagd (Dammwild und Rehe) auf der Feldmark des adeligen Guts Müssen zustehe, Justifirat auch schuldig sei, der Justificantin die Kosten der Angabe wie auch die durch das stattgehabte Justificationsverfahren erwachsenen Kosten, deren Verzeichniß und Moderation vorbehältlich, innerhalb Ordnungsfrist zu erstatten.

Wie denn solchergestallt hierdurch erkannt wird

R. R. W.

Urkundlich ꝛc. **Publicatum** im Königl. Holsteinischen Landgerichte zu Glückstadt, den 9. Februar 1855.

Auf hiergegen vom Justifiraten eingewandte Appellation erfolgte nachstehendes Erkenntniß des Königl. Oberappellationsgerichts:

*) Vgl. Jahrg. 1855 der Anz. S. 33.

Frederik der Siebente &c.

In Sachen des Landsassen Johann Conrad Bockelmann zu Müssen, Justificaten, jetzt Appellanten, wider die Wittwe Catharina Sophia Auguste Schwerdtfeger cum cur., als derzeitige Besitzerin des adeligen Guts Wensien, Justificantin, jetzt Appellatin, wegen Justification der sub passu 2 des Angabeprotocolls zu dem Proclam über das adelige Gut Müssen beschafften Angabe, jetzt Appellation gegen das Erkenntniß des Holsteinischen Landgerichts vom 9. Februar 1855,

wird, nach verhandelter Sache, unter abschriftlicher Mittheilung der eingezogenen Erklärung der Appellatin, unter Beziehung auf die dem angefochtenen Erkenntnisse vorangeschickten Entscheidungsgründe, sowie

in Erwägung, daß in dem Kaufbriefe von O. T. R. 1801 dem Gute Müssen nur die niedere Jagd übertragen worden, und es um so weniger einem Zweifel unterliegen kann, daß dem Gute Wensien, welchem bis zur Veräußerung des derzeitigen Meierhofes Müssen die gesammte Jagd im Bezirk desselben als gutsherrschaftliches Recht zustand, die hohe Jagd bei der Veräußerung hat verbleiben sollen, da selbige in den vorhergegangenen Appunctuationen vom 23. December 1799 ausdrücklich reservirt worden, es auch an jedem Anhaltspuncte für die Annahme fehlt, daß das Verbleiben der hohen Jagd bei dem Gute Wensien sich lediglich auf die Person der derzeitigen Besitzerin habe beschränken sollen; und

in Erwägung, die Einrede der Präclusion betreffend, daß das bei der Veräußerung des Meierhofes Müssen beim Gute Wensien verbliebene Recht der hohen Jagd nach den im Herzogthum Holstein über das Jagdrecht der Gutsbesitzer geltenden Grundsätzen aus dem Gesichtspuncte eines gutsherrlichen Rechts aufzufassen ist, dessen Angabe auch bei dem Proclam vom Jahre 1825 nicht erforderlich war und daher durch Nichtanmeldung nicht hat präcludirt werden können,

hierdurch für Recht erkannt:

daß das angefochtene Erkenntniß vom 9. Februar 1855 zu bestätigen, der Appellant auch schuldig sei, der Appellatin die Kosten dieser Instanz zu erstatten.

Die Kostenrechnung des Anwalts des Appellanten wird auf 62 ℛ︀ 77 β, des Procurators auf 5 ℛ︀ 16 β, die Kostenrechnung des Anwalts der Appellatin auf 40 ℛ︀ 10 β R.-M. festgestellt.

V. R. W.

Urkundlich rc. Gegeben im Königl. Oberappellationsgerichte zu Kiel, den 26. Januar 1856.

Durch Immemorialpräscription kann die Verpflichtung eines Stellbesitzers zur Entrichtung von Abgaben für ein einem Andern eigenthümlich gehöriges Grundstück, dem Letzteren gegenüber, als Reallast begründet werden.

In Sachen des Hofbesitzers Hans Hinrich Ladiges in Hollm, Klägers und Appellanten, wider die Hofbesitzer Hinrich Ladiges, Jochim Biesterfeld und Hans Hinrich Hartje daselbst, Beklagte und Appellaten, wegen Erstattung von Confirmationsgebühr und Canon, sowie Anerkennung einer gleichen Beitragsleistung pro futuro, nunc appellat. contra sentent. der Königl. Pinneberger Landdrostei vom 13. October 1852;

ergeben die Acten:

Eine zu den Ländereien des vormals Harzburgischen Amthauses gehörige Wiese, genannt „Herren-Reth" oder „Hollmer Reth," groß circa 4 Morgen, wurde bei Niederlegung dieser Dienstländereien im Jahre 1704 an die damaligen Besitzer der jetzt resp. dem Kläger und den Beklagten gehörigen Höfe in Hollm dergestalt überlassen, daß dieses Landstück bei den Stellen der Acquirenten immerwährend verbleiben sollte gegen einen jährlich in das herrschaftliche Register zu erlegenden Canon von 35 ℛ︀ Dänische Kronen oder 36 ℛ︀ 12 β v. Cour. und gegen die Verpflichtung, beim jedesmaligen Regierungswechsel den unterm 27. September 1771 zuerst ausgefertigten Ueberlassungscontract confirmiren zu lassen.

Schon bei Gelegenheit des Regierungswechsels vom Jahre 1808, als Hans Hinrich Ladiges für sich und angeblich Namens der drei übrigen mitberechtigten Hofbesitzer um Confirmation nachsuchte, reichten die drei letzteren eine Gegenvorstellung ein, worin sie anzeigten, daß ihnen ihre Antheile an dem Herren-Reth schon längst entzogen worden seien, daß sich das ganze Herren-Reth jetzt bei des Hans Hinrich Ladiges Stelle befinde, während sie fortwährend ihren Antheil an dem Canon mit je 9 ℛ︀ 3 β v. Cour. zu bezahlen angehalten würden. Sie müßten daher bitten, daß ihnen ihre Antheile an dem Lande wieder verschafft würden, und daß, so lange dies nicht geschehen, der Contract nicht auf ihre in des Hans Hinrich Ladiges Gesuche ohne Auftrag mit aufgeführte Namen confirmirt werde, wobei sie sich jedoch ihre Gerechtsame aus dem ursprünglichen Contracte reservirten.

Es ward damals eine Officialuntersuchung angestellt, durch welche es sich bestätigte, daß schon bei Aufnahme des Hollmer Erdbuchs vom Jahre 1791 das Hollmer Reth sich seinem ganzen Umfange nach bei der Stelle des Hans Hinrich Ladiges vorgefunden hatte, und ergab sich, insbesondere aus einem von dem Letztgenannten beigebrachten, übrigens weder amtlich ausgefertigten, noch auf gestempeltem Papiere abge-

faßten Documente vom 16. September 1718, die Wahrscheinlichkeit, daß durch Vertauschungen, welche die Vorbesitzer sich ohne Vorwissen der Behörden vorzunehmen erlaubt, die Antheile der drei ursprünglich mitberechtigten Stellen an des Hans Hinrich Ladiges Stelle gelangt seien.

Unter diesen Umständen mußte es bedenklich erscheinen, im administrativen Wege auf den Antrag der drei protestirenden Hofbesitzer um Wiederverschaffung des Landes einzugehen. Es ward vielmehr die Allerhöchste Confirmation des Contractes vom 27. Septbr. 1771 in der vorherigen und auch von Hans Hinrich Ladiges nur erbetenen Weise, für ihn und seine Mitberechtigten bewilligt, dergestalt, daß es den Mitberechtigten überlassen blieb, ihre vermeintlichen Ansprüche auf Antheile an dem Lande unter sich zur rechtlichen Geltung zu bringen.

Als durch den im Jahre 1839 eingetretenen Regierungswechsel ein neues Confirmationsgesuch nöthig wurde, erneuerte sich der Widerspruch der drei nominell mitberechtigten, aber effectiv nur mitbelasteten Hofbesitzer, welche jedoch nunmehr zufolge ihrer vor der Pinneberger Landdrostei unterm 31. Decbr. 1840 abgegebenen Declaration nicht mehr wie früher Retractsansprüche machen wollten, sondern lediglich die Regulirung des Abgabenverhältnisses erbaten. Vermittelungsversuche der Landdrostei, durch welche sich die drei protestirenden Hofbesitzer bestimmen ließen, dem Hans Hinrich Ladiges eine Entschädigungssumme von 450 ₰ v. Cour. zu offeriren, damit von ihm die Verpflichtung, fernerhin von dem allein im Besitz habenden Lande die Grundabgabe auch allein zu bezahlen, freiwillig anerkannt werde, wurden von demselben zurückgewiesen, und ist darauf unterm 8. März 1843 der Ueberlassungscontract über das Herren-Reth allein auf des Hans Hinrich Ladiges Namen confirmirt, diesem auch allein in den herrschaftlichen Registern der Canon zugeschrieben worden.

Nachdem Ladiges vergebliche Versuche gemacht, wegen dieser Steuerregulirung die vormalige Rentekammer klagbar in Anspruch zu nehmen, hat er, auf den ihm eröffneten Vorbehalt eingehend, daß es ihm unbenommen bleibe, seine etwanigen Ansprüche gegen Dritte, auf einen ihm zu leistenden Beitrag zu dem Canon, auf dem Wege Rechtens geltend zu machen, die Beklagten zuerst im Jahre 1847 vor der Pinneberger Landdrostei belangt.

Die damalige Klage, welche blos darauf basirt war, daß Kläger eine Steuer entrichtet habe, die länger als Menschengedenken von den Beklagten und deren Besitzvorwesern zu bezahlen gewesen sei, sowie, daß ihm abseiten der Rentekammer durch die Verweisung an Dritte implicite jura cessa ertheilt worden wären, ist mittelst landdrosteilichen Erkenntnisses vom 6. Octbr. 1847 angebrachtermaaßen abgewiesen worden.

Am 15. Mai 1852 hat er bei der Landdrostei eine neue Klage eingereicht, welche er in dreifacher Weise zu begründen gesucht hat, nämlich:

1) vermöge des zwischen den Vorwirthen der Parteien bei Erwerbung des Herren-Reths im Jahre 1704 eingegangenen Societätsverhältnisses. Es müsse damals, wie auch durch die Mitunterschrift des Contracts vom Jahre 1771 abseiten der wahrscheinlich schon damals nicht mehr im Mitbesitz befindlich gewesenen drei Vorwirthe der Beklagten bestätigt werde, die Vereinbarung getroffen sein, daß jeder socius zu dem Canon den vierten Theil zuschießen solle, und diese Vereinbarung daure fort, wenn auch in Ansehung des Mitbesitzes Veränderungen eingetreten wären;

2) vermöge gewisser zwischen den Vorbesitzern der Parteien schon vor Alters abgeschlossener Tauschcontracte. Es wird in dieser Hinsicht auf das oben bereits erwähnte Document vom 16. September 1718 Bezug genommen, zufolge dessen Hinrich Kahland, ein Vorbesitzer des Mitbeklagten Hinrich Ladiges, seinen Antheil am Herren-Rethe an Jürgen Ladiges, einen Vorbesitzer des Klägers, gegen eine andere Landwiderlage ausgetauscht habe, und zugleich vereinbart worden sei, daß die Abgaben nicht mit dem weggetauschten Lande übergehen, sondern unverändert bei den Stammstellen bleiben sollten. Daß ähnliche Tausche und Vereinbarungen ebenfalls zwischen den übrigen Stellen stattgefunden hätten, ergebe sich mit dringender Wahrscheinlichkeit aus den desfälligen im landdrosteilichen Protocolle vom 31. December 1840 von den Beklagten selbst erwähnten Traditionen im Dorfe, und behaupte Kläger, daß solche Tauschcontracte im Jahre 1718 oder doch bald nachher und mindestens zu einer Zeit, von der es schon 1808 heißen konnte, daß sie weit hinausreiche über der Menschen Gedenken, zwischen den Vorbesitzern der Parteien geschlossen worden seien;

3) vermöge der Immemorialverjährung. Die Beklagten resp. deren Vorgänger im Besitze hätten mit dem Bewußtsein, eine an und für sich ihnen fremde und dem Kläger resp. dessen Vorwirthen obliegende Steuer zu entrichten, und in der Meinung und Absicht, damit zugleich eine ihnen, dem Kläger resp. dessen Vorwirthen gegenüber, zur Last fallende Verpflichtung zu erfüllen, weit über Menschengedenken hinaus, — sei es, daß man auf das Jahr 1808 oder erst auf das Jahr 1843 sehe, — ohne auch nur ein einziges Mal deshalb in ernstlicher Weise zu reclamiren, die ursprünglich übernommenen Canonsantheile auch ohne den entsprechenden Besitz geleistet.

(Der Beschluß folgt.)

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

12. Stück. Den 24. März 1856.

Entscheidungen.

Durch Immemorialpräscription kann die Verpflichtung eines Stellbesitzers zur Entrichtung von Abgaben für ein einem Andern eigenthümlich gehöriges Grundstück, dem Letzteren gegenüber, als Reallast begründet werden.

(Beschluß.)

Das petitum war dahin gerichtet:
daß jeder der Beklagten schuldig erkannt werde, den vierten Theil sowohl der vom Kläger im Jahre 1843 mit 28½ Rbthlr. für die Confirmation des f. Z. errichteten Erbpachtscontractes an das Kammersecretariat der damaligen Rentekammer eingesandten Gebühr, wie der seit dem Jahre 1843, und in diesem Jahre zuerst, von ihm alljährlich mit 36 ℛ 12 ß v. Cour. und 16 ß Quittungsgebühr an das Pinneberger Amtsregister gezahlten Erblandhäuer nebst Zinsen nach 5 pr. Ct. pr. anno vom Tage der Einsendung resp. der jedesmaligen Einzahlung, event. vom Tage der Insinuation der Klage an, binnen 4 Wochen dem Kläger zu erstatten, wie auch die Verbindlichkeit von nun an im gleichen Maaße an den desfälligen Confirmations- und Canonsbeiträgen nach den Regeln der Societät sich fort und fort zu betheiligen, als ein ihren Hufen anklebendes onus anzuerkennen und endlich die Kosten dieses Processes m. s. zu erstatten.

Die Beklagten opponirten zuvörderst exceptionem rei judicatae, welche jedoch, da sie in inferiori aberkannt und von Seiten der Beklagten kein Rechtsmittel eingelegt ist, nicht mehr in Betracht kommt.

Sodann suchten Beklagte nachzuweisen, daß die Klage unbegründet sei, indem sich weder aus den Vorgängen von 1704, noch aus dem Brouillon von 1718, noch aus Dorfgerüchten über Landtausche, noch endlich aus dem Umstande, daß die Beklagten und ihre Vorwirthe früher eine von ihnen verlangte Steuer entrichtet hätten, ein rechtlicher Verpflichtungsgrund zu dem erhobenen Anspruche herleiten lasse. Dabei ist des Weiteren ausgeführt, daß Kläger zu der Annahme einer ursprünglichen Societät nur durch Vermuthung gelange, daß aber seine Voraussetzung einer Solidumshaft der vier ersten Acquirenten des Herren-Reths nicht zutreffend sei, indem aus den Vorgeten hervorgehe, daß jeder der vier Acquirenten mit dem vierten Theile des Canons zu Register gestanden habe, daß ferner ein Societätsverhältniß, angenommen, dasselbe hätte je bestanden, jedenfalls längst seine Endschaft erreicht haben würde, durch Tod, durch Ausscheiden der drei Vorwirthe der Beklagten aus dem Communionsbesitze.

Was die Tausche betreffe, so habe das Document vom 16. September 1718 gar keinen Werth. Man könne nicht einmal sich von der Aechtheit desselben überzeugen, auch nicht davon, welche Höfe gemeint seien. Ueberdies würde dasselbe nach den damals geltenden strengen Vorschriften der Stempelpapierverordnung vom 1. Mai 1703 ungültig sein, auch hätte ohne Kammerconsens nach Rescript vom 27. Juni 1707 nicht getauscht werden dürfen, und scheine es auch nach dem Inhalte, als ob dasselbe noch von mehreren Interessenten hätte unterschrieben werden sollen, mithin unvollendet geblieben sei.

Die übrigen in dem landdrosteilichen Protocolle vom 31. December 1840 erwähnten Vertauschungen beruhten, wie in dem ferneren Protocolle vom 9. März 1841 von allen Betheiligten anerkannt worden sei, auf unzuverlässigen und ganz unbestimmten Sagen im Dorfe, an welche sich keine rechtliche Folgerungen knüpfen ließen, die Namen der dabei vorkommenden Landstücke ließen sich zum Theil gar nicht mehr wiederfinden.

Endlich fehle es zur Verjährung an **res habilis** und an der Beziehung auf die klägerische Stelle. Die Beklagten und ihre Vorwirthe hätten Abgaben, die ihnen von den Amtsbehörden abgefordert worden; an diese entrichtet, hätten nie in der Meinung gestanden, damit dem Kläger und dessen Vorwirthen ein Recht constituiren zu wollen.

Beklagte baten um gänzliche Abweisung des Klägers, **event.** angebrachtermaaßen, **ref. exp.**

Nachdem bei der mündlichen Verhandlung **replicando** noch der Antrag auf bessere Einlassung gestellt worden war, hat die Pinneberger Landdrostei unterm 13. Octbr. 1852 erkannt:

daß Beklagte mit ihrer **except. rei judicatae** nicht zu hören, daß Kläger aber mit der erhobenen Klage abzuweisen, auch schuldig sei, den Beklagten die angeursachten Proceßkosten, **des. et mod. s.**, innerhalb 4 Wochen zu erstatten.*)

Kläger hat gegen dieses Erkenntniß das Rechtsmittel der Appellation eingelegt und **rite** prosequirt. Er hat folgende **gravamina** aufgestellt:

1) daß nicht nach Maaßgabe des Klagantrages definitive gegen die Beklagten erkannt sei; **event.**
2) daß nicht Beklagte schuldig erkannt worden, sich besser als geschehen auf die Klage einzulassen; **event.**
3) daß nicht in Anleitung der verschiedenen Klaggründe interloquirt worden, und zwar etwa dahin:
   a) daß im Jahre 1771 bei Gelegenheit ꝛc. der Contractserrichtung von den Vorwirthen der Beklagten für sich und ihre Nachfolger im Besitze den klägerischen Vorbesitzern und dessen Nachfolgern im Besitze gegenüber die unbedingte Verpflichtung übernommen sei, die dem Contracte gemäß an die Königl. Kasse zu beschaffenden Leistungen denselben zu $^3/_4$ von der Hand zu halten; oder
   b) daß das Herren-Reth den Vorbesitzern der Parteien für sich und ihre Nachfolger im Besitze s. Z. **in communion** in Erbpacht gegeben und unter ihnen die Bestimmung getroffen worden sei, daß jeder Interessent den vierten Theil des für dieses Landstück an die Königl. Kasse zu zahlenden Canon entrichten und den Mitinteressenten von der Hand halten und sich in gleicher Weise bei der für die eventuellen Confirmationen zu zahlenden Gebühr betheiligen solle, **event.** sowie daß den ehemals von den beklagtischen

---

*) Die diesem Erkenntnisse beigefügten Entscheidungsgründe lauten folgendermaaßen:

In Erwägung:

1) Zur Begründung der jetzigen Klagen sind einige Thatsachen angeführt worden, welche bei dem Erkenntnisse vom 6. October 1817 noch nicht berücksichtigt werden konnten, es ist ferner die jetzt angestellte Klage aus anderen Rechtsgründen als die früheren erhoben und auf Thatsachen basirt, welche in den Acten des Jahres 1847 freilich erwähnt worden, woraus indeß Rechte damals nicht hergeleitet sind. Wenn demnach auch Parteien und Streitobject dieselben geblieben sind, so ist dieses doch von dem Kläger aus ganz anderem Rechtsgrunde und unter Zugrundelegung anderer Thatsachen in Anspruch genommen, die except. rei judic. demnach unbegründet;

2) Kläger nimmt jetzt die Verurtheilung der Beklagten zur Bezahlung von $^3/_4$ des für den Herren-Reth zu erlegenden Canons ꝛc. aus einer Societät, einem Vertrage und der Immemorialverjährung in Anspruch.

Abgesehen davon, ob überhaupt zwischen den Vorbesitzern der Parteien hinsichtlich des Herren-Reths eine societas bestanden habe, oder ob gleich anfangs die Rechte der Benutzung und die Verpflichtung dem Staate gegenüber unter den einzelnen Personen getheilt sei, so hat eine Societät, wenn sie bestanden, durch die allseitig eingeräumte Abtretung des zu benutzenden Gegenstandes von Seiten der Vorbesitzer der Beklagten und des dadurch aufgehobenen Zweckes der societas ihre Endschaft erreicht. Da nun auch das Verhältniß, in welchem die Beklagten als Erbpachter zur Königl. Rentekammer standen, durch die Königl. Confirmation des Contracts auf die Person des Klägers gänzlich aufgehoben ist, so kann seit dieser Zeit auch von einer solidarischen Haft der Königl. Kasse gegenüber nicht mehr die Rede sein und von dem Kläger hieraus ein Recht nicht hergeleitet werden;

3) die Thatsachen, welche zur Begründung der Contractsklage von Seiten des Klägers angeführt worden, sind in Ansehung der mit der Mitbeklagten Biesterfeld und Hartje Vorbesitzern abgeschlossenen Contracte dunkel und unbestimmt.

Der angeblich zwischen dem Vorbesitzer des Mitbeklagten Hinrich Labiges und dem Vorbesitzer des Klägers abgeschlossene Contract aber würde, falls er im Uebrigen den gesetzlichen Anforderungen entsprechen sollte, was die Fortbezahlung des Canons anbetrifft, nur über das Rechtsverhältniß der Paciscenten zu einem Dritten Bestimmungen enthalten, wie auch daraus hervorgeht, daß Labiges Vorbesitzer nach wie vor den vierten Theil des Canons an die Königl. Hebungsstube directe einbezahlt hat. Durch eine solche Vereinbarung hat aber weder das Recht des Dritten der Königl. Kasse afficirt werden können, noch ist dadurch in dieser Beziehung ein neues Rechtsverhältniß zwischen den Parteien begründet worden. Eben so wenig hat aber durch die Entlassung des Mitbeklagten Labiges aus dem Erbpachtsnexus ein neues Rechtsverhältniß und daraus entspringende Verbindlichkeiten zwischen den Parteien constituirt werden können;

4) die Immemorialverjährung würde, da Leistungen nur zwischen der Königl. Kasse und den Parteien, nicht aber zwischen dem Kläger und den Beklagten stattgefunden haben, auch nur von der Königl. Kasse, nicht aber von dem Kläger für sich angeführt werden können.

Vorbesitzern benutzten, nunmehr ebenfalls bei der klägerischen Stelle befindlichen Antheilen am Herren-Reth anderweitige Landstücke s. Z. substituirt worden seien; oder

c) daß die ehemals den beklaglischen Vorbesitzern zuständig gewesenen Antheile am Herren-Reth s. Z. durch Rechtsgeschäfte an die klägerische Stelle gelangt und dabei die Bestimmung getroffen sei, daß die Canonsentrichtung nach wie vor bei den beklagtischen Stellen verbleiben solle, **event.** sowie, daß es demgemäß bis zum Jahre 1841 hin über Menschengedenken verhalten sei; oder

d) daß das ganze Herren-Reth, **event.** wie viel davon bereits im Jahre 1841 länger als Menschengedenken im Besitze des Klägers und seiner Vorwirthe mit Wissen und Bewußtsein der Beklagten resp. ihrer Vorgänger im Besitze sich befunden habe und gleichwohl die, wie ihnen bekannt, für eben dieses Land zu zahlenden Canonsbeiträge fort und fort von selbigen entrichtet worden seien;

oder wie sonst den Acten gemäß zu interloquiren sein möchte.

Bei Prüfung der erhobenen Appellationsbeschwerden kommt es zunächst in Frage: ob die Klage begründet sei.

In Erwägung nun, daß der Versuch, die Erscheinung, daß dem Einen der Besitz und sämmtliche Nutzungen des früher gemeinschaftlich gewesenen **fundi** für alle Zukunft alleine zugefallen sind, die drei Andern dagegen für beständig, ohne ferner an den Nutzungen zu participiren, ihren Antheil an den Abgaben und Lasten tragen sollen, aus dem rechtlichen Gesichtspuncte der Societät zu rechtfertigen niemals gelingen kann, indem die angenommenermaaßen **durante societate** eingegangene Verpflichtung, den Canon resp. mit $^1/_4$ und $^3/_4$ abhalten zu wollen, nur so lange rechtliche Geltung würde haben behalten können, als die Societät, oder aus der Zeit der Societät herrührende Canonsrückstände vorhanden waren, mit Aufhören der Societät aber die Anwendbarkeit des unter den **sociis** beliebten Societätsstatutes selbstfolglich cessirte;

in Erwägung, was die angeblich stattgehabten Tauschverträge mit der Nebenberedung betrifft, daß die auf den **hinc inde** weggetauschten Landstücken haftenden Abgaben nicht mit übergehen, sondern bei den Stammstellen ungeändert verbleiben sollten, daß zwar die unzweifelhafte Nichtigkeit solcher Nebenvereinbarungen dem Fiscus gegenüber Entschädigungsansprüche unter den Contrahenten und denjenigen, welche deren betreffende Handlung zu vertreten haben, nicht ausschließt, daß aber die desfällige Entschädigung sich keineswegs ohne weiteres in eine an die prägravirte Stelle zu zahlende Reallast auflöst;

in fernerer Erwägung, daß sogar nach Inhalt der Vereinbarungsacte vom 16. September 1718 ein Zuhülfegeben abseiten der Einen Stelle an die andere ausdrücklich ausgeschlossen, mithin die Constituirung einer Reallast, wenn selbige überall durch bloßen Vertrag geschehen kann, nicht einmal beabsichtigt war, daß überdies jene Vereinbarungsacte nicht nur in sich die Merkmale eines unvollständigen Geschäftes trägt, sondern auch nach den damals geltenden Vorschriften der Stempelpapierverordnung vom 1. Mai 1703 als ungültig zu betrachten sein würde;

in Erwägung, daß die sonstigen Anführungen über ähnliche anderweitige Tauschgeschäfte jeder präcisen thatsächlichen Nachweisung so sehr ermangeln, daß sich daraus, selbst die Wahrheit der desfälligen vagen Gerüchte vorausgesetzt, rechtliche Consequenzen nicht würden herleiten lassen;

in Erwägung, daß das Verhältniß einer **quasi possessio juris**, wie solches zu der schließlich geltend gemachten Immemorialverjährung erforderlich, im vorliegenden Falle sich auf Seiten des Klägers und seiner Vorbesitzer nicht erkennen läßt, indem nicht nur anerkanntermaaßen die Canonsbeiträge der Beklagten resp. deren Vorbesitzer nicht an ihn und seine Vorbesitzer, sondern auch nicht einmal für ihn und seine Vorbesitzer an dritter Stelle bezahlt worden sind, vielmehr die Beklagten resp. deren Vorbesitzer als Debitoren der herrschaftlichen Kasse die abseiten der Steuerhebungsbehörde von ihnen geforderte Abgabe für sich entrichtet, und damit eine Verpflichtung gegen die klägerische Stelle erfüllen zu wollen keineswegs beurkundet haben;

in Erwägung, daß solchemnach die Vortheile, welche für die klägerische Stelle aus der stattgehabten Steuerirregularität, wenn gleich in unvordenklicher Zeit, entsprungen sind, nur als zufällige betrachtet werden können, und daß die Constituirung einer Reallast zu Gunsten der klägerischen Stelle dem Obigen nach nicht nachgewiesen worden, daß aber, sofern die Klage, maaßen sie angebracht, nicht begründet ist, die sämmtlichen erhobenen **gravamina** wegfallen,

wird, in Erwägung vorstehender Gründe, nach eingelegten Recessen und stattgehabter mündlicher Verhandlung, hiedurch von Obergerichtswegen für Recht erkannt:

> daß **sententia a qua** der Königl. Pinneberger Landdrostei vom 13. October 1852 **pure** zu confirmiren und **ad exequendum** zu remittiren, die Kosten dieser Instanz aber zu compensiren seien.

B. R. W.

Urkundlich ꝛc. **Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 8. Juni 1854.**

Die gegen dieses Erkenntniß von dem Kläger und Appellanten eingewandte Oberappellation hatte nachstehendes Urtheil des Königl. Oberappellationsgerichts zur Folge.

Frederik der Siebente &c.

In Sachen des Hofbesitzers Hans Hinrich Ladiges in Hollm, Klägers und Appellanten, wider die Hofbesitzer Hinrich Ladiges, Jochim Biesterfeld und Hans Hinrich Haartje daselbst, Beklagte und Appellaten, wegen Erstattung von Confirmationsgebühr und Canon, sowie Anerkennung einer gleichen Beitragsleistung für die Zukunft, jetzt Appellation gegen das Erkenntniß des Holsteinischen Obergerichts vom 8. Juni 1854,

wird, bei Mittheilung einer Abschrift der eingezogenen Erklärung der Appellaten und nach verhandelter Sache,

in Erwägung, daß die Parteien darin einverstanden sind, daß die Appellaten und deren Vorbesitzer den von ihnen ursprünglich übernommenen Antheil an dem Canon für das sogenannte Herren-Reth seit dem Jahre 1704 bis zum Jahre 1842 inclusive jährlich an die Königl. Kasse bezahlt haben, daß die Appellaten auch die Behauptung des Appellanten, daß das ganze Herren-Reth schon seit unvordenklicher Zeit im Besitze des Appellanten und dessen Vorwirthe gewesen sei, als wahr eingeräumt haben, indem sie im § 1 ihrer Exceptionalien erklärt haben, daß sich das Herren-Reth seit Menschengedenken in dem alleinigen Besitze des gegenwärtigen Appellanten und dessen Vorwirthe befinde, und daß die ältesten Leute nicht zu erinnern wüßten, daß irgend einer von den Vorwirthen der Appellaten einen Theil des Herren-Reths je besessen oder benutzt habe, daß mithin, wenn die Appellaten und deren Vorwirthe für den Appellanten den Canon bezahlt haben, letzterer sich seit unvordenklicher Zeit in dem Besitze des Rechts befunden hat, daß die Appellaten ihm den Canon für denjenigen Theil des Herren-Reths, welchen ihre Vorwirthe früher besessen haben, von der Hand halten;

in Erwägung, daß, da die Appellaten und deren Vorwirthe, ungeachtet ihnen bekannt war, daß sie keinen Theil des Herren-Reths, vielmehr der Appellant resp. dessen Vorwirthe den ganzen Herren-Reth im Besitz hatten, fortwährend den Canon bezahlt haben, und selbst, als ein von ihnen im Jahre 1808 bei der Rentekammer eingereichtes Gesuch um Befreiung von Canon ohne Erfolg blieb, nichts gethan haben, um es von dem Appellanten zu erwirken, daß der Appellant ihnen den Canon von der Hand halte oder sie entschädige, angenommen werden muß, daß die Appellaten und deren Vorwirthe sich verpflichtet gehalten haben, für den Appellanten den Canon zu bezahlen, wie denn auch manche in den Acten enthaltene Momente darauf hinweisen, daß unter den Vorbesitzern der Parteien Landtausche stattgefunden haben, ohne daß die auf den vertauschten Ländereien haftenden Abgaben auf den neuen Eigenthümer haben übertragen werden sollen, daß folglich alle Requisite der unvordenklichen Verjährung erwiesen vorliegen, weshalb es nicht erforderlich ist, zu untersuchen, ob die Klage, so weit sie die Verpflichtung der Appellaten zur Zahlung des Canons betrifft, auch noch anderweitig begründet ist;

in Erwägung, daß die Gebühr für die Confirmation eines Contractes, auf Grund dessen von der Landesherrschaft das Eigenthum an einem Grundstücke erworben ist, von dem Eigenthümer dieses Grundstückes bezahlt werden muß; daß aber der Appellant Inhaber des Herren-Reths ist, er daher auch die Confirmationsgebühr zu bezahlen verpflichtet war, und ein Societätsverhältniß, auf welches ausschließlich Appellant sich zur Begründung seiner Forderung wegen Erstattung der Confirmationsgebühr berufen hat, jedenfalls im Jahre 1843 nicht mehr existirt hat; daß folglich der Anspruch des Appellanten auf Erstattung der Confirmationsgebühr unbegründet ist;

unter Aufhebung des Erkenntnisses des Holsteinischen Obergerichts vom 8. Juni 1854 hiemit für Recht erkannt:

> daß Appellant mit seinem Anspruche auf Erstattung eines Theils der Confirmationsgebühr abzuweisen, jeder der Appellaten aber schuldig, den vierten Theil der seit dem Jahre 1843 und in diesem Jahre zuerst von dem Appellanten jährlich mit 58 ℛ︀ und 51 β Quittungsgebühr gezahlten Erblandhäuer nebst 5 pCt. Zinsen, vom Tage der Insinuation der Klage, binnen 6 Wochen an den Appellanten zu erstatten, wie auch die Verbindlichkeit zur ferneren Leistung eines gleiches Beitrags zum Canon an den jedesmaligen Besitzer des Herren-Reths anzuerkennen.

Wie denn solchergestalt, unter Vergleichung sämmtlicher Kosten, so weit nicht rechtskräftig darüber erkannt worden, und unter Verweisung der Sache zum etwaigen ferneren Verfahren an die erste Instanz

V. R. W.

erkannt wird.

Die Kosten werden bestimmt für den Anwalt und Procurator des Appellanten auf 58 ℛ︀, für den Anwalt der Appellaten auf 44 ℛ︀ 22 β und für den Procurator auf 4 ℛ︀ 29 β.

Urkundlich &c. Gegeben im Königl. Oberappellationsgerichte zu Kiel, den 17. November 1855.

Reallast. Erfordernisse der Begründung derselben. Der Concurs wirkt Fälligkeit.

In Sachen des Obergerichtsadvocaten Leonhart in Pinneberg, für sich und seine Ehefrau, geb. A. H. D. Fiege, Justificanten und Supplicanten, wider den in Concurssachen des Bäckers C. F. Meier in Pinneberg bestellten Contradictor, Justificaten und Supplicaten, hauptsächlich wegen verlangter Beibehaltung der Unablöslichkeit einer jährlichen Rente,

ergeben die Acten:

Der Obergerichtsadvocat Leonhart in Pinneberg hat unterm 10. October 1826 dem Adolph Bartholomäus Wiesener daselbst ein Capital von 3000 ℔ v. Cour., jetzt 1600 ℛ R.=M., gegen 5 pCt. jährlicher Zinsen auf halbjährliche Kündigung angeliehen und ist die von dem gedachten Wiesener hierüber ausgestellte Schuldverschreibung auf dem Folio der dem Debitor gehörigen, in Pinneberg belegenen, so wie auf dem Folio der dem Sohne des Debitors zugeschriebenen, in Kummerfeld belegenen Stelle protocollirt worden. Im Jahre 1829 hat der Creditor bei seiner Verheirathung seiner eventuellen Wittwe den Zinsgenuß des erwähnten Capitals, statt der Pension aus der allgemeinen Wittwenkasse, zugesichert und hat in Folge dessen die Direction der allgemeinen Wittwenkasse der Schuldverschreibung die Bemerkung hinzugefügt, daß das beregte Capital ohne Genehmigung der Direction weder losgekündigt, transportirt, noch auf andere Weise veräußert werden könne, welche Annotation gleichfalls in das Schuld- und Pfandprotocoll aufgenommen worden ist. Durch einen unterm 24. Juni 1831 zwischen den Contrahenten errichteten Nebenrevers ist die in der Hauptverschreibung stipulirte Kündigungsfrist dahin abgeändert worden, daß die beiden vorbenannten Besitzer der verpfändeten Grundstücke sich für sich, ihre Erben und Besitznachfolger verpflichtet haben, das fragliche Capital für die Lebenszeit des Creditors und so lange seine dermalige Ehefrau im Wittwenstande verbleiben würde, nicht aufzukündigen, vielmehr die Obligation bis zum Ableben des Creditors und auf die Dauer des Wittwenstandes seiner Ehefrau unablöslich von Seiten der Besitzer der Hypotheken, auf welcher die Schuld protocollirt sei, ansehen zu wollen; im Revers heißt es schließlich: Zugleich bewilligen wir „unter hypothekarischer Verpflichtung, die Kosten gegenwärtigen Reverses mit Stempelpapier einseitig zu tragen, daß der genannte Pfandgläubiger denselben auch ohne unser Beisein möge zur Protocollation auf obgedachten Folien präsentiren," und ist der Revers demnächst protocollirt worden. Nach dem Ableben des A. Barth. Wiesener ist dessen Besitz auf mehrere Eigenthümer und zwar zuletzt auf den Bäckermeister C. F. Meier mit Genehmigung des Creditors übergegangen, welcher sich auch unterm 5. Januar 1852 von Meier eine Agnition über seine Forderung hat ausstellen lassen. Nachdem Letzterer Concurs movirt, hat der Obergerichtsadvocat Leonhart mittelst einer im August 1852 an das Pinneberger Concursgericht eingereichten Eingabe beansprucht, daß in die Kaufbedingungen des öffentlich zu versteigernden Grundstücks des Cridars die Bestimmung aufgenommen werde, daß der Käufer die darin zu 5 pCt. radicirten 1600 ℛ R.=M. als zeitweilig unaufkündbare Schuld zu übernehmen habe. Hiergegen ist indeß in termino vom 11. August 1854 von den dem Imploranten posttabulirten beiden Creditoren protestirt worden, deren Forderungen in rückständigen aus zwei protocollirten Kaufcontracten herrührenden Kaufgeldern bestehen, und ist in Veranlassung dieser Protestation zunächst die Bestellung eines Contradictors verfügt worden. Nach darauf stattgehabter Verhandlung hat das Pinneberger Concursgericht unterm 15. December 1854 erkannt:

> daß Justificant mit seinen Ansprüchen abzuweisen sei, unter Vergleichung der Kosten.*)

---

*) Diesem Erkenntnisse sind folgende Entscheidungsgründe vorangestellt:

In Erwägung,

1) daß alle Forderungen durch den eintretenden Concurs eo ipso fällig werden und durch einen entgegenstehenden Vertrag dieser anerkannte Grundsatz, auf welchem das Wesen des heutigen Concursverfahrens beruht, nicht abgeändert werden kann;

2) daß das der unterm 28. April 1829 ausgestellten Obligation am 27. Juni 1831 hinzugefügte pactum adjectum der Unaufkündbarkeit bis zum Tode der Ehefrau des Justificanten seiner Forderung die Natur einer Reallast nicht verliehen hat, indem das Rechtsverhältniß zwischen den Contrahenten von vornherein ein persönliches war und eine über die Dauer des Pfandrechts eingegangene Vereinbarung das Wesen des principalen Verhältnisses (der Forderung) nicht ändert, wie Justificant denn auch im Jahre 1852 zu dem Verkauf des Pfandstücks an den Cridar seine Einwilligung ertheilt und sich von demselben eine Agnitionsacte hat ausstellen lassen, woraus hervorgeht, daß Justificant seine Ansprüche als Reallast derzeit nicht betrachtet hat;

3) daß Justificant demnach, des Reverses ungeachtet, protocollirter G l ä u b i g e r verblieben ist, derselbe sich daher in den Concurs einzulassen verpflichtet ist, also die Realisirung seiner Forderung durch Verkauf des Grundstücks gewärtigen muß;

4) daß die Behauptung des Justificanten, nach Inhalt der Obligation solle in Tilgungsfällen ohne seine Bewilligung durchaus nichts eingeschrieben werden, unrichtig ist, indem die Worte der Obligation nur besagen: es solle in die g e t i l g t e S t e l l e ohne seine Einwilligung nichts wieder eingeschrieben werden, daher es zur Einschreibung von Posten, welche seiner Obligation in der Priorität nachstehen, der Einwilligung desselben nicht bedurfte, daß derselbe übrigens zu den späteren Einschreibungen seine Einwilligung ertheilt, indem diese rückständige Kaufgelder

Gegen diesen Bescheid hat derselbe, mit Consens des Contradictors, statt der Appellation das Rechtsmittel der Supplication ergriffen und seine Beschwerde darin gesetzt:

> daß, wie geschehen, erkannt und nicht vielmehr seinem Ansuchen stattgegeben worden sei.

Es steht demnach zur Frage, ob diese Beschwerde als begründet anzusehen ist?

In Erwägung nun, daß, wenn auch nach dem Wortlaute des Reverses vom 24. Juni 1831 nur eine hypothekarische Verpflichtung, die Kosten des Reverses mit Stempelpapier einseitig zu tragen, vom Aussteller übernommen worden ist, doch nicht angenommen werden kann, daß es die Absicht der Parteien gewesen, lediglich für den unbedeutenden Betrag der fraglichen Kosten eine Hypothek zu bestellen, und es daher mit Rücksicht auf die offenbar unbeholfene Fassung des gedachten Reverses um so weniger ein rechtliches Bedenken haben kann, die Clausel „unter hypothekarischer Versicherung" auf den ganzen Inhalt des Reverses zu beziehen, als am Schlusse des Reverses dem Gläubiger der Consens zur Protocollation des ganzen Reverses ertheilt worden, ein solcher Consens aber schon an sich regelmäßig als ein Consens zur protocollarischen Verpfändung aufzufassen ist;

in Erwägung, daß indeß das Bemühen des Supplicanten, aus dem Inhalte des fraglichen Reverses eine Reallast herzuleiten, als ein gänzlich verfehltes erscheint, indem das selbst durch protocollarische Verpfändung bestärkte Versprechen eines Debitors, sich des Kündigungsrechts protocollirter Forderungen bis zu einem rücksichtlich des **dies quando** unbestimmten Zeitpunktes begeben zu wollen, dem ursprünglichen Darlehnsverhältniß den Character einer Reallast zu verleihen und die persönliche Natur dieses Rechtsverhältnisses irgendwie zu alteriren nicht geeignet ist, ein solches Versprechen vielmehr als ein **pactum adjectum** der bestehenden obligatorischen Forderung sich darstellt;

in Erwägung, daß, wenn auch Supplicant zwar in Folge der für die Unaufkündbarkeit seiner Forderung erworbenen Hypothek, nicht minder wie den ursprünglichen Debitor auch jeden Besitznachfolger desselben, welcher die Kündigung vorgenommen haben würde, mit dieser Kündigung hätte zurückweisen können, dennoch die Concursgläubiger als active Repräsentanten der Rechte des Cridars nicht verpflichtet sind, die damit verbundenen schwebenden persönlichen Verbindlichkeiten des Cridars aufzunehmen und fortzusetzen, vielmehr die Natur des Concursverfahrens es mit sich führt, daß nicht kündbare Forderungen eines Mitgläubigers gegen den Cridar durch den Concurs kündbar werden,*) und daher der Supplicant, da die diesen gemeinrechtlichen durch das Circulair vom 29. November 1783 anerkannten Grundsätze entgegenstehenden singulairen Bestimmungen der Verordnung vom 27. August 1777 eine ausdehnende analoge Anwendung nicht zulassen, die für die Unaufkündbarkeit seiner Forderung bestellte Hypothek lediglich zur Sicherheit seines event. zu formirenden Schadensanspruchs wird geltend machen können,

wird, in Erwägung vorstehender Gründe, so wie im Uebrigen unter Bezugnahme auf die Entscheidungsgründe des Concursgerichts, auf die **sub præs.** den 10. Januar d. J. hieselbst eingereichte vorrubricirte Supplicationsschrift, dem Supplicanten, nach eingegangener Gegenerklärung und erstattetem Berichte der Behörde (**sub præs.** den 22. Mai d. J.), von Obergerichtswegen hiemittelst

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt, unter Compensation der Kosten dieser Instanz.

Urkundlich rc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 9. Juli 1855.

Ueber die Haftung des Verkäufers für die auf dem verkauften Grundstücke ruhenden Lasten.

In Supplicationssachen des Hamburgischen Maklers Gerson Gabriel Cohen, Klägers, jetzt Supplicanten, wider die Wittwe des weiland Heinrich Matthias Löwenhagen, Louise Caroline, geb. Felber, **c. c. et assist.** Johann Christian Löwenhagen, für sich und ihre unmündigen Kinder, Beklagte, jetzt Supplicaten,

---

betreffen, welche aus Verkäufen entspringen, die Justificant genehmigt hat, auch sogar seiner Forderung nachstehen;

in fernerer Erwägung,

5) daß auch in dem Nebenreverse eine hypothekarische Sicherheit zur Schadloshaltung wegen etwaniger Nichterfüllung der zugesicherten Unaufkündbarkeit nicht bestellt ist, diese vielmehr nur auf die Kosten des Reverses und Stempelpapiers sich bezieht, jedenfalls aber die obligatorische Natur des Rechtsverhältnisses dadurch nicht würde verändert sein;

in Betracht endlich,

6) daß das Verhältniß des Justificanten und seiner Ehefrau zu der Königl. Direction der allgemeinen Wittwenkasse für die Entscheidung der vorliegenden Frage nicht in Betracht kommt, weil auch die gedachte Direction sich die Anwendung allgemeiner im Concursverfahren geltender Rechtsgrundsätze gefallen lassen muß, deren Verhältniß zum Justificanten nur demnächst namentlich vor Auszahlung des Capitals zu berücksichtigen sein wird.

*) Vgl. die Anz., Jahrg. 1855, S. 137.

wegen schuldiger Befreiung eines von ihnen verkauften Erbes von einer auf demselben haftenden Grundhäuer, event. Entschädigung;

ergeben die Acten:

Der jetzige Supplicant hat wider die Supplicaten bei dem Altonaer Magistrat klagend vorgebracht: er habe von seinem Schwiegersohn, dem Kaufmann D. M. Warburg, im Juni 1854 dem inzwischen verstorbenen Heinrich Matthias Löwenhagen dessen in der Palmaillenstraße № 6 belegenes Erbe abkaufen lassen. Nachdem dieser Handel zur Perfection gebracht worden, habe der Makler dem Käufer die Schlußnote überliefert und ausdrücklich dabei bemerkt, daß er sich bei dem Verkaufe genau darnach erkundigt habe, ob etwanige in der Schlußnote nicht genannte Lasten und Beschwerden existirten, und darauf die Antwort erhalten, daß außer dem speciell bezeichneten Posten von Ct.₰ 10,000, jetzt 5333 ₰ 32 ß R.-M., das Erbe in keiner Weise beschwert und verhaftet sei.

Der Verkäufer sei zwar bald nach Abschluß dieses Handels verstorben, indessen sei der Verkauf demnächst durch die Beklagten effectuirt und der solenne Contract, welcher nur eine Abschrift der bereits erwähnten Schlußnote sei, am 24. October s. J. in das Contractenprotocoll eingetragen und das Erbe demnächst dem Kläger überliefert und zugeschrieben. Bald nach dem Antritt sei es dem Kläger bekannt geworden, daß das Erbe dem Clüver Hellmann'schen halben Bauhof zu Ottensen mit einer Grundhäuer von jährlich 6 ₰ Cour., jetzt 3 ₰ 19⅓ ß R.-M., verhaftet sei, und zwar in Folge eines Privatgeschäfts, wovon im Stadtbuch sich keinerlei Bemerkung finde. Kläger habe also nicht geliefert erhalten, was ihm verkauft worden, und hafteten die Beklagten nicht allein als Erben des weiland Löwenhagen, sondern auch selbstständig, da auch in dem von ihnen abgeschlossenen Contract vom 24. October 1854 das Grundstück als ein mit einer solchen Grundhäuer belastetes nicht bezeichnet sei.

Auf diese Thatsachen ist der Antrag gestützt, die Beklagte schuldig zu erkennen, das verkaufte Erbe von der fraglichen Grundhäuer zu liberiren oder aber dem Kläger eine Entschädigungssumme von 106 ₰ 64 ß R.-M. zu bezahlen, sowie die Kosten zu erstatten.

Excipiendo hat die Beklagte eingewandt, daß Kläger aus der Schlußnote überall keine Ansprüche machen könne, da darin weder er, noch die Beklagte genannt seien. Nach derselben verkaufe vielmehr ihr Erblasser und gekauft habe der Makler Heymann für Herrn Daniel Marcus Warburg, welcher sich vorbehalten, später zu erklären, auf welchen Namen das Erbe eingeschrieben werden solle, d. h. sich die Nennung seines Wiederkäufers reservirt habe. Weder der Extract aus dem Contractenprotocoll, noch der aus dem Stadtbuche, besage, daß die Beklagte in Erfüllung des von ihrem Manne geschlossenen Handels das Erbe an den Kläger übertrage, sondern erkläre umgekehrt, daß sie selbst, nachdem sie sich zuvor gerichtlich dazu befugen lassen, einen Kaufcontract mit dem Kläger abgeschlossen habe. Es lägen also zwei ganz verschiedene Contracte vor, welche durchaus keine weitere Verbindung mit einander hätten, als daß die Existenz des ersten die zufällige und factische Veranlassung gewesen, den zweiten zu schließen. In dem zweiten Contract sei aber das Erbe mit allen etwa darauf ruhenden Lasten verkauft worden. Für den Fall, daß dennoch Gewicht auf die Schlußnote gelegt werden sollte, hat die Beklagte sich über die angeblich von ihrem Ehemanne auf die Anfrage des Maklers ertheilte Erwiderung mit Nichtwissen erklärt, dabei jedoch auszuführen gesucht, daß, selbst wenn diese Behauptung wahr wäre, der klägerische Anspruch sich darauf nicht begründen lasse. Daß auf sämmtlichen an der Westseite der Palmaillenstraße belegenen, ehemals zum Clüver Hellmann'schen Bauhofe gehörigen Grundstücken die fragliche Grundhäuer laste, sei so orts- und gerichtsnotorisch, daß ein langjähriger beeidigter Hausmakler dieses habe wissen müssen; die Antwort beurkunde denn auch, daß der Gefragte die Frage lediglich auf protocollirte Lasten und Hypotheken bezogen, indem er erwidert, daß keine weitere Beschwerde vorliege, als die speciell bezeichneten 10,000 ₰. Kläger beweise auch mit seiner Deduction zu viel, denn nach der von ihm aufgestellten Interpretation des Zwiegesprächs müßten consequenter Weise auch alle Staats- und Communelasten ihm unbekommend sein, was er doch nicht behauptet habe. Die streitige Grundhäuer sei nun nichts anderes, als eine öffentliche Abgabe, deren Leistung von dem Clüver Hellmann'schen Bauhof an die Staatsregierung vorgeschrieben sei, um die untheilbaren Grundlasten bei Parcelirung der Grundstücke nicht zu gefährden, sie repräsentire demnach lediglich den auf dem abgetrennten Stück ruhenden Theil dieser Lasten. Schließlich ist der Klage die Einrede der Pluspetition opponirt, da die Entschädigung höchstens 80 ₰ R.-M. betragen könne.

Replicando ist es bestritten worden, daß die Existenz der Grundhäuer orts- und gerichtsnotorisch sei, und hat nach erfolgter Duplik der Magistrat unterm 7. Mai d. J. erkannt: *)

*) Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß Kläger nach dem § 1 der bei Beurtheilung des Rechtsverhältnisses der Parteien zunächst in Betracht zu ziehenden Kaufcontracts-Appunctuation vom 24. October 1854 das Erbe mit allen darauf haftenden Lasten ohne irgend eine Beschränkung erstanden hat, der Hauptantrag des Klägers mithin unbegründet erscheint und es nur zur Frage stehen kann, ob der eventuelle Entschädigungsanspruch des Klägers fundirt ist;

daß Kläger mit seiner Klage abzuweisen und schuldig sei, den Beklagten die erwachsenen Kosten, **s. e. d. et m.**, zu erstatten.

Gegen dieses Erkenntniß hat Kläger das Rechtsmittel der Supplication eingewandt, solche **rite** prosequirt und seine Beschwerden darin gesetzt:

1) daß nicht nach dem Antrag des Klägers erkannt; **event.**
2) daß nicht ein Beweisinterlocut abgegeben sei; **in omnem eventum**
3) daß nicht die Kosten compensirt worden,

---

in Erwägung, daß nach der Schlußnote des Maklers Heymann vom 28. Juni 1854 das Recht, den Namen desjenigen zu nennen, auf den das verkaufte Erbe umzuschreiben sei, von Daniel Marcus Warburg vorbehalten ist, diese Schlußnote mit der später zwischen den streitenden Parteien abgeschlossenen Kaufcontracts-Appunctuation völlig übereinstimmt, die Beklagten auch ihren Erblasser vertreten, mithin die Einrede der fehlenden Activ- und Passivlegitimation zu verwerfen ist;

in Erwägung, daß zwar nach der Schlußnote und der Kaufcontracts-Appunctuation das fragliche Erbe mit allen darauf haftenden Lasten von den Beklagten an den Kläger übertragen ist, diese Clausel jedoch die Beklagten, welche rechtlich ihren Erblasser repräsentiren, von der Verpflichtung nicht befreien würde, den Kläger wegen der auf dem Erbe haftenden Grundhäuer vollständig zu entschädigen, falls der Erblasser der Beklagten dem Kläger die Befreiung von dieser Grundhäuer zugesichert hätte;

in Erwägung jedoch, daß die behauptete Antwort des Erblassers der Beklagten:

> „daß außer dem speciell bezeichneten Posten von 5333⅓ ℳ R.-M. das Erbe in keinerlei Weise beschwert und verhaftet sei,"

nicht mit genügender Sicherheit darauf schließen läßt, daß der Erblasser der Beklagten die Behauptung habe aussprechen wollen, daß keine Reallasten oder Servituten irgend einer Art auf dem Erbe hafteten, die angeblich ertheilte Antwort sich vielmehr auch in dem Sinne auffassen läßt, daß nur ein Posten von 5333⅓ ℳ R.-M. in dem Erbe protocollirt stehe und es dabei von ihm als selbstverständlich betrachtet worden, daß die geringfügige jährliche Grundhäuer von 3 ℳ 19 β R.-M. an den Clüver Hellmannschen halben Bauhof in Ottensen auf den Käufer übergehe;

in schließlicher Erwägung, daß hiernach eine rechtliche Verbindlichkeit der jetzigen Beklagten zur Entschädigung des Klägers aus dem Beweise der angeblichen Antwort des Erblassers der Beklagten an den Makler Heymann nicht abgeleitet werden kann, die Klage daher selbst im Falle des erbrachten Beweises dieser Antwort nicht genügend fundirt sein würde, um die Beklagten zur Leistung der in Anspruch genommenen Entschädigung schuldig zu erkennen, Kläger also mit seiner Klage unter Erstattung der Kosten abgewiesen werden muß.

---

und steht nunmehr, nach eingezogener Erklärung des Gegentheils, zur Frage, ob und inwiefern diese Beschwerden begründet sind.

In Erwägung nun, daß die Frage, ob der Kläger aus der von dem verstorbenen Löwenhagen angeblich dem Makler gemachten Zusage Rechte herleiten könne, hier nicht weiter erörtert zu werden braucht, weil, wie in den Entscheidungsgründen des Magistrats mit Recht hervorgehoben ist, aus dem Zusammenhange der ganzen Unterredung nicht hervorgeht, daß derselbe die Frage des Maklers, ob etwanige in der Schlußnote nicht genannte Lasten und Beschwerden existirten, auf solche Abgaben wie die fragliche Grundhäuer habe beziehen müssen, vielmehr, da nach der Schlußnote der Käufer die Stelle mit a l l e n darauf haftenden Lasten und den speciell aufgeführten Posten von 10,000 ℒ übernahm, die Antwort, daß außer diesen Posten das Erbe in keiner Weise beschwert und verhaftet sei, darauf schließen läßt, daß der Verkäufer dabei nur an protocollirte Schulden gedacht habe, und daher diese Aeußerung überall nicht geeignet erscheint, die erhobenen Ansprüche zu begründen;

in Erwägung ferner, daß der Verkäufer freilich nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über Gewährleistung auch ohne specielle Uebernahme der Verbindlichkeit haftet, daß aber im vorliegenden Falle der Geltendmachung solcher Ansprüche die in dem Contract enthaltene Clausel, daß dem Käufer das Erbe mit allen etwa darauf ruhenden Lasten verkauft sei, um so mehr entgegensteht, da nach der **excipiendo** vorgebrachten und nicht weiter bestrittenen Darstellung die fragliche Grundhäuer als eine öffentliche Last anzusehen ist und einen Beitrag zu den von der in Ottensen belegenen Parcele nach wie vor zu leistenden untheilbaren Staats- und Communelasten bildet, der Käufer aber öffentliche Lasten auch ohne jene Clausel mit übernommen haben würde, da das Vorhandensein derartiger Lasten ihm bekannt gewesen sein muß, und es daher seine Sache gewesen wäre, sich nach dem Betrage derselben zu erkundigen, falls es ihm darum zu thun war, ihn zu kennen,

wird auf die sub præs. den 29. Juni d. J. hieselbst eingereichte Supplicationsschrift, nach darüber eingezogener Erklärung des Gegentheils, von Obergerichtswegen

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt, Supplicant auch schuldig erkannt, die zu 32 ℳ R.-M. bestimmten Kosten der Gegenerklärung innerhalb 4 Wochen zu erstatten.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 30. December 1855.

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

13. Stück. Den 31. März 1856.

Thatbestand des qualificirten Diebstahls.

Nach den von der inländischen Praxis befolgten Grundsätzen.

Von dem Herrn Advocaten Jpsen in Neumünster.

Unter den in den Anzeigen mitgetheilten Criminalfällen bilden nicht die geringste Zahl diejenigen, welche sich auf das Verbrechen des Diebstahls beziehen, und unter diesen finden sich wieder so manche Fälle, welche vom practischen Standpuncte aus den Thatbestand des qualificirten Diebstahls erläutern, daß eine Zusammenstellung der in solcher Hinsicht von unsern höheren Criminalgerichten ausgesprochenen Grundsätze von demjenigen nicht wird überflüssig erachtet werden können, wer überhaupt die Bedeutung der Praxis für die Theorie zu würdigen weiß. Es wird sich nun freilich bei solcher Zusammenstellung wohl nicht vermeiden lassen, daß Allbekanntes hin und wieder wird wiederholt werden müssen, eben weil das Verbrechen des Diebstahls, als das am häufigsten vorkommende, auch vorzugsweise der Beurtheilung von Richtern und Defensoren unterliegt. Ein Weglassen schien aber doch schon aus dem Grunde weniger räthlich, weil ein Sammeln der Aussprüche unserer Criminalgerichte bezweckt wird; dann aber schließt sich an das Bekannte das weniger Bekannte vielfach so eng an, daß Jenes um dieses willen nicht wohl übergangen werden durfte. Dem angegebenen Zweck entsprechend, wird man aber andererseits eine Erörterung von Controversen hier nicht erwarten können; im Vorbeigehen wird nur des einen oder andern streitigen Punctes gedacht werden. Noch werde vorgängig bemerkt, daß die weit überwiegende Zahl der nachfolgenden Aeußerungen dem Holsteinischen Obercriminalgerichte angehört. Das Verbrechen des Diebstahls kommt seltener zur Cognition des Oberappellationsgerichtes. Wo ein Ausspruch dieses Gerichtshofes mitgetheilt wird, da ist es speciell hervorgehoben.

Der Grund, warum gewisse Diebstähle aus dem Begriffe des Diebstahls überhaupt hervorgehoben sind, liegt theils in der Art ihrer Ausführung (subjectiv qualificirt), theils in der besonderen Wichtigkeit des gestohlenen Gegenstandes (objectiv qualificirt). Die Bestimmung, welche Diebstähle in solcher Weise hervorzuheben sind, liegt aber weder der Doctrin, noch der Praxis, sondern allein der Gesetzgebung ob. Denn da die Qualificirung dieser Diebstähle lediglich in der über das gewöhnliche Maaß hinausgehenden Strafe liegt, und eine solche zu normiren lediglich der Gesetzgebung zusteht, so muß sie auch zugleich selbstverständlich bestimmen, aus welchen Gründen die außerordentliche Strafe eintreten soll, mit andern Worten: sie muß auch den Qualificationsgrund, den Thatbestand des qualificirten Diebstahls angeben. Insofern hat man sich also streng an die Gesetze zu halten, und darnach ergeben sich gemeinrechtlich als qualificirte Diebstähle die Fälle des Art. 159 der peinlichen Halsgerichtsordnung, ferner der dritte Diebstahl (Art. 162 ibid.) und der Kirchendiebstahl (Art. 171 ff.). Die „handhafte That" macht den Diebstahl nicht zu einem qualificirten; sie hatte überhaupt nur Bedeutung für den älteren, längst außer Gebrauch gekommenen Anklageproceß (vgl. Schirach, Hdb., I., S. 483 und Anz. 1840, S. 387, Note, und die daselbst Angeführten). Eben so wenig ist das Peculat und das **crimen residui** zu den qualificirten Diebstählen zu rechnen (vgl. die Note II. und III. von Mittermaier zu dem Feuerbach'schen Lehrbuch), was auch von der inländischen Praxis anerkannt wird. Das **crimen residui** ist nach inländischen Gesetzen überdies unter die Amtsverbrechen zu stellen (vgl. Anz. 1837, S. 38 ff., wo sich die betreffenden Verordnungen angeführt finden). Dagegen hat unsere Particulargesetzgebung noch einige Diebstähle als qualificirte hervorgehoben, deren wir am Schlusse mit wenigen Worten gedenken müssen.

Sind nun insoweit für die Erörterung des vorliegenden Themas die Schranken von der Gesetzgebung gezogen worden, so ergiebt schon die Natur der Sache,

daß innerhalb dieser Gränzen wieder eine freiere Bewegung für Theorie wie Praxis wird stattfinden müssen. Zwar werden die Gesetze, sofern sie den Thatbestand des Verbrechens aufstellen, so lange wieder die alleinige Richtschnur abgeben, als sie dies können. Aber so detaillirt ist kein Gesetz und kann es nicht sein, daß es alle concreten Erscheinungen des Lebens **a priori** in den betreffenden Normen mit berücksichtigen könnte. Hier hat von der einen Seite die Theorie, von der andern die Praxis die Lücken auszufüllen; die wichtige Aufgabe der Letzteren ist namentlich nicht bloß, die Strafe des Gesetzes auszusprechen, sondern vorgängig auch zu untersuchen, ob das begangene Verbrechen unter das Strafgesetz falle; und — consequenter Weise — sich klar zu machen, wie letzteres zu verstehen sei. Diese Aufgabe wird um so umfassender, je älter die in Betracht kommenden Gesetze sind, und je schwerer, wegen veränderter Sprache und umgewandelter Institutionen des Lebens, ihre Entzifferung uns heut zu Tage wird. Das Gesagte findet seine volle Anwendung in Betreff der gesetzlichen Bestimmungen, welche wir über den qualificirten Diebstahl besitzen. Betrachten wir zunächst die nach dem Art. 159 der peinlichen Halsgerichtsordnung qualificirten Diebstähle, so finden wir in diesem Artikel in ziemlich bestimmten Umrissen den Thatbestand aufgestellt; aber, wie die concreten Fälle sehr bald zeigten, doch nicht bestimmt und eingehend genug.

Nach diesem Artikel ist bekanntlich derjenige, welcher in eine „Behausung oder Behaltung bricht oder steigt, oder mit waffen — eingeht", um daselbst zu stehlen, mit einer besonderen Strafe zu belegen. Sich über die Worte „geflissen gewerlich", in ihrer Beziehung resp. zu den beiden ersten, oder zu allen dreien Arten dieses Diebstahls, zu einigen, kann wohl der Theorie allein überlassen werden. Feuerbach nennt (Lehrb. § 333 ff.) alle drei Arten „gefährlich", entweder objectiv, wenn die Art der Entwendung die körperliche Verletzung einer Person befürchten lasse, oder subjectiv, wenn die Art der Entwendung einen besonders gefährlichen, rechtswidrigen Willen zu erkennen gebe. Mittermaier (Note II. zu Feuerbach's Lehrb. § 334) unter Berufung auf Geib, behauptet, daß das Wort „gewerlich" zwar auf alle drei Arten gehe, der Artikel 159 aber dabei nicht an die Gefahr für Person und Eigenthum denke, sondern an die Verletzung der Heiligkeit des Wohnhauses und Hofraumes. Hermann endlich (**commentatio ad art. 159 C. C. C.** 1844) bezieht das „geflissen gewerlich" auf den Diebstahl mit Einsteigen und Einbrechen, während der Qualificationsgrund für den bewaffneten Diebstahl in den Worten „ist eine Vergewaltigung und verletzung zu besorgen" liege; eine Auslegung, die ich um so mehr für richtig halte, als die Wortfügung des Artikels sie in ungezwungener Weise an die Hand giebt. Wie dem sei, gewiß ist, daß das „Geflissen Gewerliche" beim Diebstahl mit Einbruch und Einsteigen in dem gesteigerten Vorsatze, die That vollführen zu wollen, trotz entgegenstehender äußerer Hindernisse und Hemmnisse, welche den weniger Entschlossenen zurückhalten würden, liegt; dem Begriff des Gelegenheitsdiebstahls gleichsam gegenüber stehend. Hier ist es regelmäßig der erst augenblicklich entstehende und daher auch am wenigsten feststehende Entschluß; weshalb dieser Diebstahl auch am gelindesten bestraft zu werden pflegt (Anz. 1841, S. 76); dort der feste Entschluß, der gesteigerte **dolus**. Da nun diese Festigkeit so recht eigentlich **ex perspicuis indiciis et evidentia facti ipsius** (um mich der Worte des § 69 des Reichsabschiedes von 1594 zu bedienen), sich ergiebt, so ist es begreiflich von practischer Wichtigkeit, sich die Begriffe des Einsteigens, Einbrechens und mit Waffen Eingehens klar zu machen.

Die Worte des Art. 159 „in sein Behausung und Behaltung bricht oder steigt" u. s. w. geben zunächst selber an die Hand, daß vorliegen müsse, ein von Außen Hineingelangen in den Ort, wo der Diebstahl vollführt werden soll, und zwar entweder durch eine Oeffnung, die bereits vorhanden war, aber nicht zum gewöhnlichen Ausgang und Eingang dient, sondern vielmehr nur unter außergewöhnlicher Kraftanstrengung benutzt werden konnte; oder durch eine in gewaltsamer Weise erst bewirkte Oeffnung. Diese Momente bilden den Thatbestand des durch Steigen oder Brechen qualificirten Diebstahls. Als in dem, Anz. 1837, S. 91 ff., erwähnten Fall der Inculpat eine Bettdecke und vier Kissen in der Art entwendet hatte, daß er in der Nähe der im Pesel stehenden Bettstellen in der Tafelwand Löcher gemacht, und dadurch das Bettzeug herausgezogen hatte, erachtete das Holsteinische Obercriminalgericht diesen Diebstahl nicht für einen qualificirten, „da Art. 159 nicht bloß das Erbrechen der Behausung, sondern das Einbrechen in dieselbe erfordere." Hiermit stimmen die daselbst citirten, Heffter, Lehrb., § 502, und Roßhirt, Lehrb., S. 386, überein, und scheint die Ansicht auch im Feuerbachschen Lehrbuche und den Noten von Mittermaier dazu als richtig anerkannt zu sein. Anderer Meinung ist unter Andern Martin, Lehrb., § 154, N. 11, 12. Abgesehen aber von den eben nicht dunkeln Worten des Art. 159 ist doch, soweit eben das Aeußere der Handlung schließen läßt, der Entschluß bei demjenigen viel fester, der durch die erwirkte Oeffnung sich ins Haus begiebt, als bei dem, welcher draußen davor stehen bleibt, in welchem letzteren Fall das Entweichen weit mehr ermöglicht ist, als in jenem Fall. Das Holsteinische Obercriminalgericht hat sich mit Obigem gleichmäßig auch (Anz. 1838, S. 294) ausgesprochen; in dem fraglichen Fall war, ungeachtet der Beschädigung des Fensters, an welchem die gestohlene Uhr hing, den ermittelten Umständen nach nicht anzunehmen, daß der

Dieb in die Behausung eingedrungen gewesen, der Diebstahl also nicht durch Einbruch qualificirt.

Nicht ganz dieselbe Frage ist es, wenn man darüber streitet, ob auch ein Erbrechen von Gegenständen, die sich im Hause befinden, den Diebstahl zu einem qualificirten mache. Diejenigen, welche die Frage bejahen, fassen das Wort „Behaltung" des Art. 159 gleichbedeutend mit Behältniß, zu welcher Auffassung man sich um so mehr berechtigt glaubt, als der correspondirende Art. 185 der **Bambergensis** das Wort „Behältniß" hat; ebenso das erste Project der **C. C. C.** Art. 166, während das zweite „Behaltung" hat. Auch übersetzt Remus: „— **foras arcamque ruperit, effregerit**". Gegen solche Auffassung aber hat sich von jeher eine große Anzahl Rechtslehrer, und überwiegend die Praxis erklärt, gewiß mit vollem Rechte, denn ein innerer wie äußerer Grund ist dagegen. Ein Erbrechen von Gegenständen im Hause kann freilich unter Umständen, wenn viele Gewalt anzuwenden war, auch einen sehr entschiedenen Verbrecher-**dolus** offenbaren. Der Regel nach wird dies aber nicht der Fall sein, da ein gewaltsames Oeffnen von kleinen Kistchen und Kästchen meistens gar keine eigentliche Gewaltanwendung erfordert. Man kann sich auch nicht darauf berufen, daß beim Einbruch von draußen es ja ebenfalls nicht auf den Grad der angewandten Gewalt ankomme. Letzteres ist allerdings, wie wir weiter unten sehen werden, richtig. Aber wie verschieden ist nicht das Einbrechen von außen in die Gebäude, und das Erbrechen eines Gegenstandes im Hause. Die Bosheit des Diebes, der es wagt, in gewaltsamer ungewöhnlicher Weise ins Haus zu dringen, ist eine weit höher gesteigerte, als die Frechheit des Diebes, der auf gewöhnlichem Wege und ohne Gewalt ins Haus gelangt. Noch weit weniger Entschlossenheit gehört aber dazu, daß der Dieb, wenn er nur erst im Hause ist, dies und jenes Behältniß eröffne. Der äußere Grund, der gegen jene obgedachte Auffassung spricht, liegt in den Worten des Art. 159. In einen Gegenstand, der sich bereits im Hause befindet, bricht oder steigt, oder geht man nicht mit Waffen hinein; und weiter ist die Anforderung des von Außen Hineindringens doch auch so scharf aufgestellt, daß man sich wundern muß, wie jene Meinung hat Anhalt finden können. Unsere inländische Praxis beschränkt entschieden den Qualificationsgrund auf das Hineinbrechen von Außen. Das Erbrechen einer im Hause befindlichen Lade z. B. qualificirt nicht (Anz. 1838, S. 138). Eben so wenig das Erbrechen eines Hängeschrankes (Anz. 1841, S. 118 Schl.). In dem, Anz. 1840, S. 346, referirten Fall ward das im Innern des Hauses vorgenommene Ausbrechen eines Kessels in Gemäßheit des Art. 159 der peinlichen Halsgerichtsordnung als eine qualificirende Handlung nicht betrachtet. — Hieran schließt sich eine nahe liegende Frage. Wenn der Bewohner der einen Wohnung im Hause von dieser seiner Wohnung aus (also nicht eigentlich von Außen her) in die andere Wohnung desselben Hauses Stehlens halber bricht, liegt dann ein qualificirter Diebstahl vor? — Die Anz. 1839, S. 289 enthalten einen Fall, wo der Dieb durch die offenstehende Thür des Proviantthauses ging und dann mittelst Brechwerkzeuge den Packraum eröffnet hat, also in demselben Gebäude von einem Raum in den andern durch Brechen gelangt war. Dieser Umstand war zwar für die That gravirend, aber machte dieselbe nicht zu einer qualificirten. Dieser Fall ist indeß jenem keineswegs gleichzustellen. Der Packraum war zwar ein abgesonderter Raum im Gebäude, hatte jedoch keine weitere Selbstständigkeit, sondern bildete nur einen Theil des Gesammtgewesens, etwa wie die Speisekammer den Theil einer Wohnung bildet; dagegen bilden zwei Wohnungen unter einem Dache durchaus zwei selbstständige „Behausungen," und da der Art. 159 nicht ausdrücklich ein von Außen her, aus der freien Luft Hineinbrechen, verlangt, vielmehr nur ein Einbrechen in eine Behausung erfordert, so meine ich, daß die obgedachte Frage im Sinne des Art. 159 ohne Bedenken zu bejahen ist. Unter „Behausung" versteht nun die peinliche Halsgerichtsordnung ein zum Bewohnen von Menschen bestimmtes Gebäude: ob dieses Gebäude bewohnt oder nicht bewohnt war, darin macht Art. 159 keinen Unterschied. Unter „Behaltung" sind Gebäude anderer Art, sofern sie zum Aufbewahren von Dingen, wenn auch nur vorübergehend, dienen. Daß die inländische Praxis dieser Ansicht ganz entschieden ist, kann nicht zweifelhaft sein. Freilich sagt das Holsteinische Obercriminalgericht einmal (Anz. 1838, S. 186), daß die Ausdrücke „Behausung und Behaltung" nur von einer „menschlichen Wohnung" verstanden werden könnten. Indeß ist einerseits auf die daselbst gebrauchten Ausdrücke deshalb vielleicht weniger Gewicht zu legen, weil der Gegensatz von einem verschlossenen Behälter im Hause scharf hervorgehoben werden sollte. Andererseits finden sich in den Anzeigen zahlreiche Beispiele, daß auch das Einbrechen in nicht zum Bewohnen von Menschen bestimmte Gebäude die That zu einer qualificirten mache. Anz. 1837, S. 176 wird ein Stall genannt; 1839, S. 163 eine Scheune; **ibid.** S. 346 ein Waschhaus; J. 1842, S. 342 eine Wagenremise u. s. w. Auch macht unsere Praxis keinen Unterschied, ob die für Menschen bestimmten Gebäude bewohnt oder unbewohnt sind. Anz. 1839, S. 147, unbewohntes Gartenhaus. Wohl könnte aber gefragt werden, ob das Einbrechen in ein noch unfertiges und deshalb noch unbewohntes Gebäude als Qualificationsgrund gelten könne? Diese Frage ist zu bejahen; sobald das Gebäude ein nach Außen hin vollkommen abgeschlossenes Ganze zu nennen ist. Die Bedeutung des Wortes „Behaltung" faßt Mittermaier, Note I. zu Feuerbach, § 335, unter Berufung auf die angestellten Sprachforschungen von Geib, dahin auf, daß es

den zum Hause gehörenden Hofraum bezeichne, und demnach sei es im Sinne des Art. 159 qualificirter Diebstahl, wenn Jemand innerhalb eines Ortes stehle, der durch Mauer, Zäune und andere Umfassung mit einem Wohnhause zusammenhänge, und ein abgeschlossenes Ganze bilde. Wäre eine solche Auslegung von „Behaltung" für die Zeit der peinlichen Halsgerichtsordnung auch richtig (was dahingestellt sein mag), so wird die heutige Praxis wegen der durchweg veränderten Verhältnisse der verschiedenen Theile eines Besitzes zu einander dieselbe doch schwerlich in Schutz nehmen. Jedenfalls ward in dem, Anz. 1837, S. 15, mitgetheilten Falle das Uebersteigen in den Hof über eine Planke als eine qualificirte Handlung nicht betrachtet.

Das Erbrechen eines Gebäudes (um bei diesem einstweilen stehen zu bleiben) erfordert eine, natürlich vor dem Diebstahl ausgeübte (Anz. 1849, S. 46 O. A. G.) Gewaltsamkeit, der Art, daß dadurch sichtbare Spuren an dem Gebäude hinterlassen worden sind. Ein Eingehen in eine unverschlossene Thür (Anz. 1838, S. 167) mag sie auch durch einen Wirbel verwahrt gewesen sein, (ibid. 295,) macht die That nicht zur qualificirten, und Anz. 1837, S. 124 wird gesagt, daß in dem referirten Falle der Art. 159 nicht Anwendung finden könne, da der Inculpat sich keiner mit Zerbrechen verbundenen Gewalt beim Oeffnen der Thür habe zu Schulden kommen lassen, auch, so viel die Acten ergeben, an der Thür, welche er geöffnet, keine Spur von Gewalt befindlich gewesen sei. Ebendaselbst heißt es in Betreff eines andern Inculpaten, daß sein Einkommen durch eine von innen zugehakte Luke, deren Haken beim Anfassen losließ, „wie auch keine Spur angewendeter Gewalt bemerkt worden," eine qualificirte Handlung nicht sei. In einem Schleswigschen Criminalfalle (Anz. Jahrg. 1843, S. 216) ist Letzteres zwar nicht mit ausdrücklichen Worten hervorgehoben. Aus den gebrauchten Worten läßt sich aber mit völliger Sicherheit schließen, daß sichtbare Spuren der angewandten Gewalt vorhanden waren: „— nachdem die in die Außenwand der Kammer befindliche Thür mittelst eines zwischen derselben und dem Stender hineingebrachten Gegenstandes erbrochen worden" (vgl. Anz. 1838, S. 60), „— durch Losbrechung der Schweinstallthür mittelst Einbruchs." In dem Worte „brechen" liegt eo ipso eine Zerstörung. Ist das „brechen" nicht constatirt (vgl. Anz. 1837, S. 92), wo es zweifelhaft war, ob der Inculpat das Brett von der Luke gebrochen oder nur herausgenommen hatte, so kann auch von Zerstörung nicht die Rede sein. Andererseits ward es (Anz. 1843, S. 24) zweifelhaft gefunden, ob nach den von der inländischen Praxis angenommenen Grundsätzen ein Diebstahl mittelst Einbruchs vorliege, „da nichts Näheres darüber constatirt worden, ob das gewaltsame Aufbrechen des untern Theils der baufälligen Hausthür mit einer Verletzung der Integrität des Gebäudes verbunden gewesen, oder nur durch ein Nachgeben des überfassenden Theiles der oberen Thür herbeigeführt worden." Die bloße Aufrüttelung einer Thür ist kein Erbrechen (Anz. 1838, S. 168). Eben so wenig wird ein solches gefunden „in dem Zurückschieben eines Schlosses ohne Verletzung der Thür" (Anz. ibid.). Dasselbe muß gesagt werden, wenn eine verschlossene Thür aus den Hängen gehoben und darnach der in den Stender einfassende Schloßzapfen herausgezogen werden kann. Die Oeffnung eines mit Thür und Thor fest verbundenen Schlosses mittelst Nachschlüssels und sogenannter Dietriche macht die That auch nicht zu einer qualificirten (vgl. Tittmann, Hdb., § 409 n. c., Martin, Lehrb., § 154 n. 13). Wie aber, wenn bei dem Oeffnen das Schloß verletzt, etwa eine Feder zerbrochen worden wäre? Dies führt uns auf eine weitere Bedingung, deren Existenz erforderlich ist, wenn die That qualificirt sein soll. Nicht jede durch Brechen bewirkte Verletzung reicht aus, sondern eine Verletzung der integrirenden Theile des Gebäudes wird erfordert. Hier nun ist es nicht ohne Schwierigkeit festzustellen, wie weit der Begriff der integrirenden Theile geht. Unter solchen wird man doch verstehen müssen die nothwendigen und mit dem Gebäude fest verbundenen einzelnen Theile, aus denen es besteht. Daß Thüren, Fenster, Wände, seien sie durch festgenagelte Bretter, oder durch vermauerte Steine, oder auch nur durch Lehmsubstanzen gebildet, daß ferner hölzerne Trallen vor dem Fenster und die Dachpfannen auf dem Dache zu den integrirenden Theilen zu zählen, wird Niemand bestreiten. Das Ausnehmen der Fenster und der einzelnen Scheiben, ohne daß damit gerade eine Zertrümmerung verbunden zu sein braucht (Anz. 1840, S. 132), das Zurückbiegen von Fenstern, welche wegen der Bleieinfassung solches gestatten (Anz. 1837, S. 3, 176), das Wegbrechen hölzerner Trallen (Anz. 1849, S. 46) u. s. f. macht die That zu einer qualificirten; ebenso die Abbrechung eines angenagelten Fensters (Anz. 1846, S. 77. Schl.). Als dagegen in dem, Anz. 1838, S. 52, referirten Fall der Dieb durch eine Fensteröffnung, die, weil das Fenster reparirt ward, mit Leinwand vernagelt war, in das Haus stieg, ward dies wohl als ein Diebstahl mit Einsteigen, aber nicht mit Einbrechen angesehen. Die Leinwand mußte zwar gewaltsam entfernt werden, durch diese Gewaltsanwendung waren aber integrirende Theile des Gebäudes nicht verletzt. Weiter: ein Vorhängeschloß verbindet zwar die Thür mit dem Stender derartig, daß sie nicht ohne Weiteres geöffnet werden kann. Die Beseitigung dieses Schlosses „mit Zurücklassung der Krampen" (Anz. 1840, S. 345) macht indeß die That nicht zu einer qualificirten; denn ein Hängeschloß ist kein integrirender Theil des Gebäudes. Aber in dem, Anz. 1849, S. 190, referirten Fall

hatte der Dieb die Eingangsthür dadurch geöffnet, daß er eine, das Hängeschloß und den Ueberfall haltende kurze und nicht sehr fest sitzende Krampe aus dem morschen Holze des Thürstenders herausgezogen. Das Holsteinische Obercriminalgericht bezeichnete es auch hier als constante Praxis, daß die Zersprengung eines Hängeschlosses vor einer Thür oder die Ausziehung einer Krampe aus einem Stender ohne weitere Verletzung desselben als ein Einbrechen nicht anzusehen sei, da eine so eingeschlagene Krampe nicht einen integrirenden Theil des Gebäudes bilde. Ob diese Ansicht stichhaltig sei, mag dahingestellt sein. Sehr viel wird hier auf die concreten Umstände ankommen. Mehr Grund hatte es, daß (Anz. 1841, S. 345), als der Dieb die vor der Luke im Stall befindliche Klappe, nachdem er den Riemen, womit solche befestigt gewesen, mit einem Messer durchschnitten, geöffnet und so in das Gebäude gelangt war, das Holsteinische Obercriminalgericht den so vollführten Diebstahl nicht als einen qualificirten ansah, „da ein Brechen bei den integrirenden Theilen des Hauses stattgefunden haben müsse," und der obgedachte Riemen nicht zu solchen Theilen zu rechnen ist. Eine fernere Entscheidung findet sich Anz. 1839, S. 163, 164; es sei der Diebstahl nicht qualificirt, „weil das — bei dem Schaafdiebstahl aus der Scheune des S. stattgefundene Ausreißen einiger Reiser aus dem die Wand bildenden und aus Busch lose zusammengelegten Flechtwerke und Niederbeugen der übrigen Zweige — nicht als gewaltsame Trennung der Theile eines Gebäudes angesehen werden könne. Das Wort „brechen" ist übrigens wohl nicht zu pressen, da z. B. derjenige, welcher in eine Bretterwand eine Oeffnung sägt, gewiß in das Haus einbricht. Sind nun die angegebenen Momente vorhanden, so kommt es auf den Grad der angewandten Gewalt nicht an; ob viel oder wenig gebrochen, die That bleibt qualificirt (Anz. 1837, S. 3, S. 167, Jahrg. 1849, S. 46.) Mit Recht aber ist doch an der letzten Stelle vom Oberappellationsgericht anerkannt, daß der geringere Grad der angewandten Gewalt bei der Strafzumessung einen mildernden Einfluß auszuüben vermöge. Noch mag bemerkt werden, wie es nicht erforderlich ist, daß der Dieb auch durch das gebrochene Loch gerade in das Haus gelangt sei, es genügt, daß er mittelst der gebrochenen Oeffnung sich, wenn auch ohne Anwendung von Gewalt, eine Oeffnung verschaffte, durch die er einging in das Haus.

Ich gehe zu dem Diebstahl mit Einsteigen über. Auch hier ist wieder festzuhalten, daß der gesteigerte dolus sich in den Thatsachen offenbaren muß, in dem Nichtachten von entgegenstehenden Hindernissen und Gefahren, welche Leib und Leben des Diebes bedrohen. Diese Hindernisse und Gefahren werden dadurch gleichsam zum Criterium für die Frage, wann das Steigen den Diebstahl zum qualificirten mache. Andererseits liegt in dem Worte „einsteigen" eo ipso wieder die Ueberwindung eines Hindernisses und einer Gefahr. Dies ist nicht immer der Fall, wenn der Dieb nur steigt; auch nicht, wenn er lediglich auf eine ungewöhnliche Art in das Gebäude gelangt. Letzteren Punct anlangend, so ist vielfach ausgesprochen, daß ein Einkriechen, sofern es nur nicht mit vorangehendem Steigen, also einer besonderen Kraftanstrengung, verknüpft gewesen, also ein bloßes Einkriechen und wie Heffter, Lehrb., S. 520 n. 6 richtig hinzusetzt, ein bloßes Hinüberschreiten in das Haus im Sinne des Gesetzes nicht die That zu einer durch Einsteigen qualificirten mache, mag die benutzte Oeffnung bereits vorhanden gewesen, oder erst vom Diebe gemacht sein (Anz. 1838, 168); Einkriechen durch ein vorhandenes Loch (Anz. 1839, S. 164); durch eine nach Zurückbiegung des losen Flechtwerks in der Tafelwand entstandene Oeffnung (Anz. 1840, S. 386); durch den Schweinestall (Anz. 1841, S. 345); durch eine Stallluke (Anz. 1847, S. 39); Durchkriechen unter der nicht ganz bis an die Erde reichende Thür der Scheune (vgl. Anz. 1837, S. 176). Sobald aber ein Erheben des Körpers von der Erde nöthig war, wenn auch in noch so geringem Grade, um über einen hindernden Gegenstand hinweg in das Gebäude zu kommen, so liegt eine qualificirte That vor. Mittermaier, Note 1. zu Falck's Lehrb. § 336 meint freilich, wenn das Fenster, durch das der Dieb einsteige, so wenig entfernt sei von der Erde, daß man auch ohne Vorrichtung einsteigen könne, so sei kein qualificirter Diebstahl vorhanden und beruft sich u. A. auf eine Entscheidung in den Blättern für Rechtsanwendung 1843, S. 371. Allein es ist durchaus irrig, das Steigen nur bei getroffener Vorkehrung, z. B. Ansetzung einer Leiter, sich als möglich zu denken. Auch handelt es sich nicht so sehr um das Steigen, als um das Einsteigen, und so ist richtig das Einkommen des Diebes durch eine etwa 4 Fuß von der Erde hohe Luke als ein durch Einsteigen qualificirter Diebstahl angesehen worden (Anz. 1837, S. 124 und ähnlich S. 91 ff., Jahrg. 1838, S. 52. Einsteigen durch eine Fensteröffnung). Ob das Steigen hinauf- oder hinabgeht, ist irrelevant; auch das Einsteigen in einen Keller von Außen macht den Diebstahl zum qualificirten (Anz. 1849, S. 46). Ein Klettern und Erklettern steht dem Steigen gleich; würde das Steigen und Klettern hin zu einer Oeffnung, die nur ein Einkriechen gestattet, dem Einkriechen vorangehen, so ist die That selbstverständlich eine qualificirte, wie noch neuerdings vom Holsteinischen Obercriminalgericht in Untersuchungssachen wider den Inculpaten Petersen vom Bordesholmer Hoffelde ausgesprochen ist. Der Dieb muß ferner durch einen nicht zum gewöhnlichen Eingang bestimmten Weg eingestiegen sein; wer die an die untere Etage führende Zugangstreppe hinaufsteigt, benutzt eben den gewöhnlichen Zugang zu der Wohnung. Anders, wenn der Dieb zu einem un-

gewöhnlichen Mittel, zu einer Leiter, seine Zuflucht nahm (Anz. 1837, S. 3). Ja selbst, wenn die Hausbewohner regelmäßig sich dieses Mittels bedienen, z. B. um von Außen her auf den Torf-, den Heuboden zu kommen, so würde der Dieb, welcher gleichfalls mittelst einer Leiter hinaufstieg, doch einen qualificirten Diebstahl begehen. Auch dann, wenn er die Leiter an der Oeffnung des Bodens vorfand, und er also, ohne alle weitere Vorkehrung von seiner Seite, nur hinaufzusteigen brauchte? Ein bloßes Einsteigen, Erklettern, z. B. eines Baumes, von dem aus man sich Gegenstände aus dem nahen Gebäude aneignen könnte, das Hinansteigen mittelst einer Leiter an das Fenster, durch welches der Dieb seinen Arm steckt und die Uhr nimmt, macht die That nicht zu einer qualificirten; da, wie schon oben erwähnt, ein Hineingelangen in das Gebäude erforderlich ist. Anderer Meinung ist u. A. Martin, Lehrb., § 154 n. 9, 10 unter Hinweisung auf die angeblich gleiche subjective Gefährlichkeit des Hineinsteigens und Hinansteigens und unter Berufung auf den mißverstandenen Ausdruck der peinlichen Halsgerichtsordnung „darzusteigen". Bei gemeinschaftlich verübtem Diebstahl ist nicht erforderlich, daß alle Complicen eingestiegen seien. In dem, Anz. 1838, S. 129, erwähnten Fall hob der eine Inculpat den Andern durch die Oeffnung in der Wand in das Haus hinein, beide wurden wegen Diebstahls durch Einsteigen qualificirten Diebstahls verurtheilt.

(Die Fortsetzung folgt.)

Entscheidungen.

Ueber die Gültigkeit der gegen eine unbestimmte Person übernommenen Verpflichtung.

In Sachen des Harm Struve in Blankenese, uxor. noie. Catharina, geb. Meier, Klägers und Supplicanten, wider den Zimmermeister Friedrich Wilhelm Liedtke in Altona, Beklagten und Supplicaten, wegen schuldiger 1613 ℔ 15½ ß Cour., jetzt 860 ℛ 76 ß R.-M.;

ergeben die Acten:

Kläger hat beim Altonaer Magistrat agendo vorgebracht: der Sattlermeister Lampe in Altona habe in seinem daselbst belegenen Erbe dem Vogte Hans Meier in Othmarschen nächst 8000 ℔ v. Cour. die Summe von 2000 ℔ oder 1066⅔ ℛ R.-M. zu 4¼ pCt. jährlicher Zinsen und mit halbjähriger Loskündigungsfrist unterm 21. November 1846 versichert. Der Darleiher, Vogt Meier, habe sich bei der hohen Priorität dieses Postens erst dann zur Belegung des Geldes in Lampe's Erbe bestimmen lassen, nachdem am 17ten Novbr. 1846 der damals als Holzhändler in Altona etablirte J. H. Glaub und der jetzige Beklagte gemeinschaftlich sich für die Sicherheit des in dem gedachten Erbe hinter 8000 ℔ und bis 10,000 ℔ v. Cour. eingeschriebenen Hauspostens, sowie für die richtige Bezahlung der Zinsen, ausdrücklich verbürgt hatten.

Nach dem Ableben des Vogts Meier sei jener Posten von 2000 ℔ v. Cour. der Ehefrau des Klägers erb- und eigenthümlich zugefallen. Im Novbr. 1851 habe der Kläger den Posten zur Auszahlung auf Himmelfahrt 1852 gekündigt, habe alsdann auch die fälligen Zinsen, nicht aber das Capital, erhalten. Er habe sich daher zur Einklagung desselben genöthigt gesehen, welche indessen die Erkennung des Specialconcurses über das Lampe'sche Erbe zur Folge gehabt habe, in welchem er nur mit 386 ℔ ½ ß zur Perception gelangt sei. Nun habe er die Restsumme abermals eingeklagt, worauf am 21. Juli 1853 der Generalconcurs über das Lampe'sche Vermögen von dem Magistrate erkannt worden sei und er seine Restforderung von 1613 ℔ 15½ ß sammt Zinsen ad proclama gemeldet, jedoch von dieser Summe bei der Unzulänglichkeit der Masse nichts erhalten habe.

Da der Hauptschuldner dergestalt erfolglos ausgeklagt, der Mitbürge Glaub aber bereits vor Himmelfahrt 1852 nach Amerika ausgewandert und der Beklagte also mit Rücksicht auf die absentia des Mitbürgen, dessen Auswanderung überdies hauptsächlich durch den gänzlichen Verfall seiner Vermögensumstände veranlaßt sei, auf das den Bürgen zur Seite stehende beneficium divisionis, welches nach der Novelle 4 und 99 nur dann Platz greife, wenn der Mitbürge præsens und solvent sei, sich nicht berufen könne, so hafte derselbe jetzt allein für die ganze restirende Forderung nebst Zinsen. Der Kläger habe nun in letzterer Beziehung das Recht, zu fordern, daß ihm von dem Beklagten die Verzugszinsen ersetzt würden, welche der Hauptschuldner ihm schuldig geworden sei, nämlich 5 pCt. jährlich von 1066 ℛ 64 ß für die Zeit von Himmelfahrt 1852 bis zum 6. Mai 1853, an welchem Tage ihm die 386 ℔ ½ ß aus dem Lampe'schen Concurse ausbezahlt seien, und vom 6. Mai 1853 bis zum Zahlungstage 5 pCt. von 1613 ℔ 15½ ß.

Unter dem ferneren Anführen, daß der Beklagte die Zahlung verweigere, hat der Kläger sodann sein petitum dahin gerichtet:

> daß der Beklagte schuldig erkannt werde, dem Kläger gegen Cession aller Ansprüche an den Mitbürgen Glaub die verbürgten 2000 ℔ v. Cour. mit pro resto 1613 ℔ 15½ ß v. Cour. oder 860 ℛ 76 ß R.-M. sammt 5 pCt. jährlicher Verzugszinsen, und zwar solche für 2000 ℔ v. Cour. oder 1066 ℛ 64 ß R.-M. von Himmelfahrt 1852 bis zum 6. Mai 1853 und für 1613 ℔ 15½ ß v. Cour. oder 860 ℛ 76 ß R.-M.

vom 7. Mai 1853 bis zum Zahlungstage berechnet, event. mit Verzugszinsen vom Tage der Klage binnen 14 Tagen zu bezahlen, gleichzeitig auch die Proceßkosten zu erstatten.

Für den Fall, daß das beneficium divisionis Platz greife, hat Kläger mit Rücksicht darauf, daß der Beklagte doch als Bürge nach Verhältniß der ursprünglichen Schuld für die Restforderung pro rata hafte, gebeten:

daß der Beklagte schuldig erkannt werde, aus der übernommenen Bürgschaft die Summe von 806 ℳ 15¾ ß oder 430 ℛ 37 ß R.-M. nebst 5 pCt. Verzugszinsen von 1000 ℳ oder 533⅓ ℛ R.-M. von Himmelfahrt 1852 bis zum 6. Mai 1853 und von 806 ℳ 15¾ ß v. Cour. oder 430 ℛ 37 ß R.-M. von da bis zum Zahlungstage, oder doch mit Verzugszinsen vom Tage der Klage, binnen 14 Tagen an den Kläger gegen Cession der Klage wider Glaub zu bezahlen, auch binnen gleicher Frist die Kosten des Processes zu erstatten.

Der Beklagte und Supplicat hat dagegen eingewandt:

Der Holzhändler Glaub habe in dem vom Beklagten für den Seilermeister Lampe im Anfange der vierziger Jahre erbauten Hause nächst 8000 ℳ 2000 ℳ versichern lassen. Einige Jahre später, nämlich am 17. Novbr. 1846, sei Glaub zu dem Beklagten gekommen und habe ihn um seine Mitunterschrift einer gutachtlichen Bescheinigung über die Sicherheit des beregten Postens gebeten, da einer seiner Creditoren, welchem er den Posten angestellt, dessen Güte bezweifle. Der Beklagte, welcher nicht die Absicht gehabt habe, eine Bürgschaft für Lampe und Glaub zu übernehmen, welchem dieses auch nicht zugemuthet sei, habe als Erbauer des Hauses und Inhaber eines in demselben nächst 10,000 ℳ versicherten Postens von 1000 ℳ die Ueberzeugung von der Sicherheit des Glaub'schen Postens gehabt, und daher in Gemeinschaft mit Glaub einen sofort von seinem Schreiber ausgefertigten Schein unterschrieben, welcher laute:

„Wir Endesunterschriebene verbürgen uns für die Sicherheit des in Herrn J. H. S. Lampe in der Holstenstraße belegenen, mit Nr. 40 B. bezeichneten Wohnerbes eingeschriebenen Hauspostens von Zwei Tausend Mark Courant, und zwar hinter 8000 ℳ bis 10,000 ℳ Courant.

Bei der Rechtsunkunde des Verfassers dürfe der Mangel an Präcision in der Fassung nicht auffallen, man habe sich nicht für den Posten verbürgen, sondern einfach die Sicherheit desselben bezeugen wollen.

Erst nach Vollziehung der Unterschriften und ohne Wissen des Beklagten sollten mit fremder Hand dem Scheine die Worte hinzugefügt sein: „sowie auch für die richtige Bezahlung der Zinsen."

In dem Scheine habe demnach eine Verpflichtung des Beklagten nicht gelegen, sondern nur eine Meinungsäußerung über die Sicherheit des Geldes, und diese Meinung sei eine richtige, der fragliche Posten sei 1846 wirklich sicher gewesen, wie daraus hervorgehe, daß er selbst seine nach 10,000 ℳ versicherten 1000 ℳ mehrere Jahre später ohne Verlust realisirt habe.

Im Uebrigen hat der Beklagte die thatsächliche Erzählung der Klage zugegeben, derselben indeß unter dem Leugnen, sich für die klägerische Forderung verbürgt zu haben, zunächst die Einrede der unbegründeten Klage opponirt und event. folgende Einreden vorgeschützt:

1) die Einrede der fehlenden Activlegitimation und des nichtigen Geschäfts, mit dem Bemerken, es gehörten zu jedem Rechtsgeschäft als wesentliche Bestandtheile consentirende Contrahenten, im vorliegenden Falle habe aber der Beklagte weder mit dem uxor. noie. Kläger, noch mit dessen Erblasser contrahirt, vielmehr keine Mitcontrahenten gekannt, und habe daher ein rechtsgültiger Bürgschaftscontract nicht zu Stande kommen können, selbst wenn Beklagter, was geleugnet werde, die Absicht gehabt, sich für eine bestimmte Forderung eines bestimmten Creditors wider einen bestimmten Schuldner zu verbürgen. Andererseits könne man sich nur für bereits existirende Forderungen verbürgen, der am 17. Novbr. 1846 ausgestellte Schein beziehe sich auch nur auf den eingeschriebenen Hausposten, welcher am 21. s. M. wieder getilgt worden, nicht aber auf die erst an diesem Tage dem Kläger versicherten 2000 ℳ;

2) die Einrede des eigenen Verschuldens, da die Realisirung der Forderung wider den bis zum Jahre 1850 notorisch noch solventen Hauptschuldner keine Schwierigkeiten gehabt;

3) die exceptio pluspetitionis, indem er sich nie für die Sicherheit des Capitals verbürgt habe und ihm die exceptio divisionis zur Seite stehe.

Mit Rücksicht auf dieses Vorbringen hat Beklagter seinen Antrag auf Abweisung, event. auf Moderirung des klägerischen Antrags gerichtet.

Nach stattgehabter mündlicher Verhandlung hat darauf der Altonaer Magistrat unterm 28. Septbr. v. J. erkannt:

daß der Kläger mit seiner Klage, maaßen solche angebracht worden, abzuweisen, auch schuldig sei, sämmtliche Kosten zu erstatten.

Gegen dieses Erkenntniß hat Kläger statt der Appellation mit Bewilligung des Gegentheils das Rechtsmittel der Supplication ergriffen und seine Beschwerde darin gesetzt:

daß auf Abweisung der angebrachten Klage unter Verurtheilung des Klägers zur Kostenerstattung und nicht vielmehr dem Hauptantrage, mindestens aber dem eventuellen Antrage der Klage gemäß erkannt worden.

Es steht demnach zur Frage: ob diese Beschwerde begründet ist?

In Erwägung nun, daß der Beklagte sich in der fraglichen s. g. Verbürgungsacte dem Erblasser der klägerischen Ehefrau gegenüber überall nicht verbürgt hat, eines Gläubigers, gegen den die Bürgschaft übernommen wurde, vielmehr in der gedachten Acte keine Erwähnung geschieht, und daher nach der Rechtsregel **obligatio tertio non contrahitur** die in dem beregten Documente ohne alle Bezeichnung eines Gläubigers ausgesprochene Verbürgung, da dasselbe sich den auf Inhaber lautenden Papieren, aus deren bloßem Besitze dem Inhaber nach deutschrechtlichen Rechtsgrundsätzen eine Klage gegen den Unterzeichner zusteht, so wenig der Form, als dem Inhalte nach beizählen läßt, als rechtlich wirksam nicht zu erachten ist;

in Erwägung, daß demnach ein Grund zu einer Beschwerde des Klägers darüber, daß er mit seiner Klage angebrachtermaaßen abgewiesen worden, nicht vorliegt,

wird auf die **sub præs.** den 26. Octbr. 1854 hieselbst eingegangene vorrubricirte Supplicationsschrift, nach eingezogener Gegenerklärung, **sub præs.** den 11. Febr. d. J., hiemittelst

ein abschläglicher Bescheid

ertheilt, unter Compensation der Kosten dieser Instanz.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 28. Juni 1855.

Gegen diesen Bescheid hat der Supplicant an das Königl. Holstein-Lauenburgische Oberappellationsgericht appellirt, worauf ihm der nachstehende Bescheid ertheilt worden ist:

Namens Sr. Königl. Majestät.

Auf die am 18. August d. J. hier eingereichte Appellationsrechtfertigung des Harm Struve in Blankenese, Namens seiner Ehefrau Catharina, geb. Meier, Klägers, Supplicanten, jetzt Appellanten, wider den Zimmermeister Friedrich Wilhelm Liedtke in Altona, Beklagten, Supplicaten, jetzt Appellaten, wegen einer Forderung von 860 ℳ 67 ß R.-M. s. w. d. a., jetzt das Erkenntniß des Holsteinischen Obergerichts vom 28. Juni d. J. betreffend,

wird

in Erwägung, daß, wenn auch in der Klage die Entstehung der angeblichen Bürgschaft des Beklagten und Appellaten nicht angegeben ist, der Kläger und Appellant doch im Laufe des Processes ausdrücklich eingeräumt hat, daß die behauptete Verbürgung des Beklagten und Appellaten lediglich auf dem von diesem unterm 17. Novbr. 1846 ausgestellten und in der Vernehmlassung zur Sprache gebrachten Schein beruhe, weshalb es nach Lage der Sache bloß darauf ankommt, ob sich aus diesem an Niemanden gerichteten Schein eine gültige Verbürgung herleiten läßt;

in Erwägung, daß den Gesetzen zufolge eine Verbürgung nur vermöge eines zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger in Person oder durch berechtigte Vertreter abgeschlossenen Vertrags geschehen kann, im vorliegenden Fall aber vom Kläger und Appellanten weder behauptet worden ist, daß ein solcher Vertrag der Ausstellung des besagten Scheins zum Grunde liege, noch daß hinterher ein solcher Vertrag zu Stande gekommen sei;

in Erwägung, daß ein allgemeines abänderndes Herkommen in Betreff dieser gesetzlichen Grundsätze, wonach heutzutage alle ohne Beziehung auf eine bestimmte Person ausgestellten Zusicherungen und Versprechen Jedem ein klagbares Recht gewähren sollen, der in die Lage kommt, worauf jene Verheißungen berechnet sind, aus dem Umstande, daß jetzt einige solcher Zusicherungen, namentlich die öffentlichen Auslobungen von Belohnungen und die auf Inhaber lautenden Staatspapiere und Actien, als rechtlich bindend anerkannt werden, nicht entnommen werden kann, und zwar um so weniger, als die Wechselordnung vom 23. Febr. 1854 § 4 Nr. 3 in Uebereinstimmung mit der allgemeinen Deutschen Wechselordnung Art. 4 Nr. 3 die Wechsel auf Inhaber ausschließt, also zu erkennen giebt, daß die Gesetzgebung noch jetzt nicht von einer allgemeinen Gültigkeit der an unbestimmte Personen gerichteten Versprechen ausgeht, diese vielmehr verwirft;

in Erwägung, daß demnach die Beschwerde des Klägers und Appellanten in der Hauptsache für nicht begründet erachtet werden muß; und

in endlicher Erwägung, daß, wenn auch hinreichende Veranlassung gewesen sein sollte, die Kosten der ersten Instanz zu vergleichen, Appellant doch kein Interesse dabei hat, daß das angefochtene Erkenntniß in dieser Beziehung abgeändert werde, weil die Kosten der ersten Instanz unerheblich sind und die Einziehung einer Erklärung des Appellaten, ohne welche das Erkenntniß auch nicht in Betreff des Kostenpunktes abgeändert werden könnte, für ihn mit Kosten verbunden sein würde, mithin Appellant mit seiner Beschwerde, auch in so weit, als sie die Verurtheilung in die Kosten der ersten Instanz betrifft, kein Gehör finden kann,

dem Kläger und Appellanten hiemit

ein abschläglicher Bescheid

ertheilt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Oberappellationsgerichte zu Kiel, den 27. October 1855.

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

14. Stück. Den 7. April 1856.

Thatbestand des qualificirten Diebstahls.

Nach den von der inländischen Praxis befolgten Grundsätzen.

(Fortsetzung.)

Uebrigens bedarf es kaum der Erwähnung, daß der Diebstahl mit Einsteigen und Einbrechen auch voraussetzt, daß in diebischer Absicht eingestiegen oder eingebrochen sei. Ist das Einsteigen u. s. w. zu anderem Zwecke unternommen und darnach erst der Entschluß zu stehlen entstanden, so liegt kein qualificirter Diebstahl vor (Anz. 1838, S. 245).

Dasselbe gilt von der dritten Art des Diebstahls, deren der Art. 159 erwähnt, dem bewaffneten Diebstahl. Die betreffenden Worte des Artikels sind so klar (mit Waffen, damit er jemandt der im widerstand thun wolt, verletzen möcht, zum stelen eingeht), daß verschiedenartige Auffassung nicht leicht möglich erscheint, an der es indeß doch nicht gefehlt hat. Es ist ein vorgängiges Bewaffnen, mit dem bestimmten Zwecke, dadurch den Widerstand, der bei Ausführung der That etwa von andern Menschen entgegengestellt werden möchte, zu entkräften. Ein zufälliges Waffen an sich tragen, eine Bewaffnung zu ursprünglich anderem Zwecke, welchem sich am Orte der That auch der Entschluß des Stehlens zugesellte, endlich ein Bewaffnen am Ort der That, machen den Diebstahl nicht zu einem qualificirten. Letzteres lassen z. B. noch Feuerbach, Lehrb., § 337 n. 2, und Martin, Lehrb., § 154 n. 4, ausreichend sein; allein mit Recht wird die Ansicht jetzt so ziemlich allgemein verworfen. Nur muß man den Begriff des „Ort der That" genau nehmen. In dem, Anz. 1840, S. 132, mitgetheilten Fall hatte der Dieb, unmittelbar vor der That, sich aus dem Stalle des Müllers, den er bestahl, einen Torfspaten geholt, und sich sonach im weiteren Sinne des Wortes auch am Orte der That, nämlich als er sich schon im Gebiete des Müllers befand, bewaffnet; der eigentliche Ort der That war aber das Haus des Müllers, in das der Dieb bewaffnet einging. Wenn aber der Dieb in einen Raum des Hauses eindringt, mit der Absicht, sich mit Waffen, die, wie er weiß, sich dort befinden, zu bewaffnen, um so einen Diebstahl in einem andern Raume desselben Hauses auszuführen, liegt dann ein bewaffneter Diebstahl vor? Ich meine, daß man **ex ratione legis** dies wird bejahen müssen. Weiter aber, wenn der Dieb weiß, daß sich Waffen in demselben Raum, wo er den Diebstahl ausführen will, befinden; wenn er vorher beschließt, sich vor der That der Waffen zu bemächtigen, um desto sicherer die That ausüben zu können, und demgemäß auch von ihm gethan wird, liegt alsdann noch ein bewaffneter Diebstahl vor? Gleichfalls **ex ratione legis** ist dies zu verneinen. Denn das Gesetz will eben die Frechheit, welche in dem bewaffneten Eingehen liegt, hervorheben; ein **minus** ist es, wenn der Dieb dies erste Eingehen erst wagen soll, ohne durch Waffen geschützt zu sein. Welcher Art das Gebäude hier sein müsse, ob ein Wohngebäude, oder auch jedes andere, kann zweifelhaft erscheinen. Der Regel nach wird der Dieb ja nur vermuthen, daß ihm von den Hausbewohnern werde Widerstand entgegengestellt werden, und er wird daher meistens nur bei Wohngebäuden eine Bewaffnung für nöthig erachten. Da aber der in einer Scheuer beabsichtigte Diebstahl von den Bewohnern des Wohnhauses, ja auch von andern Menschen, z. B. den Wächtern, wird Behinderung erfahren können, so fragt sich doch, ob, wenn mit Rücksicht hierauf der Dieb bewaffnet in die Scheuer eingeht, nicht auch hier ein qualificirter Diebstahl vorliegt. Erforderlich ist nicht, daß der Thäter wirklich die Absicht gehabt habe, die etwa ihm Entgegentretenden zu verletzen, oder daß er sogar verletzt habe; eine Anforderung, die mit Recht „eine von allem gesetzlichen Grunde entblößte" genannt wird (Anz. 1843, S. 24). Das „Gebrauchen der Waffen ist nicht die Hauptsache, sondern das Eingehen mit Waffen" (Mittermaier, n. I. zu Falck's Lehrb., § 337) und sehr richtig urtheilte das

Holsteinische Obercriminalgericht (Anz. 1840, S. 132), daß ein bewaffneter Diebstahl vorliege, da der Inculpat auch nur in der Absicht sich bewaffnet habe, um die zu Bestehlenden bange zu machen, und wirklich auch zu solchem Zweck von der Waffe Gebrauch machte, einer Ansicht, der das Oberappellationsgericht ebendaselbst beitrat. Ja, es würde der wirklich gemachte Gebrauch der mitgenommenen Waffe dem bewaffneten Diebstahl nur noch ein neues, davon verschiedenes Verbrechen hinzufügen (Anz. 1843, S. 25; vgl. 1841, S. 116, Schl.).

Es fragt sich endlich, welcher Art die Bewaffnung sein müsse? Da der Zweck ist, die zu Bestehlenden, oder wer Widerstand leisten möchte, einzuschüchtern, so muß die Mitnahme jeglichen Gegenstandes, welcher geeignet ist, in solcher Weise dem Diebe Beihülfe und Unterstützung zu gewähren, ausreichen. Also nicht lediglich sogenannte Schuß- und Hiebwaffen sind erforderlich; es genügt, jedes Geräthschaft, das, obwohl zu anderen Zwecken bestimmt, dem Diebe die nöthige Hülfe gewährt; z. B. war der, Anz. 1840, S. 132, genannte Torfspaten als „ein zweischneidiges, scharfes, spitz zulaufendes Instrument, mithin als gefährliche Waffe", oder, wie das Oberappellationsgericht sagt, „tödtliche Waffe" sehr geeignet. Uebrigens möchten bloße Knittel gleichfalls hinreichen, da eine Vergewaltigung mittelst derselben eben so sehr zu gewärtigen, wie durch eigentliche Waffen und Instrumente und Werkzeuge (l. 54, 2 **D.** 47, 2: „— **quod nocendi causa habetur**; vgl. **l.** 9, 11 **D.** 48, 6). Der § 9 der Verordnung vom 23. März 1814 rechnet (aber zu einem andern Zwecke) zu Waffen auch mit Eisen beschlagene oder mit Blei gefüllte Stöcke umgearbeitete Sicheln, Sensen, Aexte, Beile u. s. w.

Was nun die Bestrafung dieser so qualificirten Diebstähle anlangt, so bestimmte die **Bambergensis** für alle drei Fälle gleicherweise dem Manne den Strang, der Frau die Ersäufung, und dieselbe bestimmte Strafe behielt das erste Project zur peinlichen Halsgerichtsordnung bei. Das zweite Project hat aber einen auch im Art. 159 aufgenommenen Zusatz: „Darum in diesem fall der mann mit dem strang und das weib mit dem wasser, oder sunst nach gelegenheit der Personen und ermessung des richters in ander weg, mit — — dergleichen schweren Leibstraff gestraft werden soll." Diese unbestimmt bis auf die „schwere Leibstraff" gelassene Sanction zeugt von einer richtigeren und gerechteren Auffassung des Verbrechens. Daß die so qualificirten Diebstähle härter bestraft werden sollen, als ein mehrfach verübter (Art. 161), ein sog. großer (Art. 161) und nach Art. 158 der offene, geht aus Art. 159 unzweideutig hervor, das „geflissen, geverlich" und die drohende „Vergewaltigung und Verletzung" ist der peinlichen Halsgerichtsordnung ein Zeichen eines im hohen Grade verbrecherischen Willens. Aber doch leuchtet auf den ersten Blick ein, daß die Festigkeit des Entschlusses und die Gefährlichkeit in der Ausführung in dem einen und andern Fall so verschieden sein kann, daß überall ein gleiches Strafmaaß anzuwenden ungerecht sein würde. Soll man hier aus der That auf den Grad der Bosheit schließen, so ist klar, daß das Hineinsteigen durch eine 4 Fuß von der Erde entfernte Luke, welches ja ohne viele Anstrengung geschehen kann, und dem Rückzuge wenig Hinderniß bietet, ja kaum mehr als ein bloßes Hinüberschreiten von Außen nach Innen des Gebäudes ist, ferner das Einsteigen in nicht zum Wohnen bestimmte Gebäude u. s. f. ein anderes Strafmaaß erfordert, als das Hinansteigen und Einsteigen mittelst einer großen Leiter in ein bewohntes Gebäude; wie auch ja die Mitnahme einer Schußwaffe mehr einschüchtern wird, als die Bewaffnung mit einem Knittel. Auf diese Unterschiede deutet die relativ unbestimmte Strafbestimmung des Art. 159 hin. Man würde nämlich sehr irren, wenn man, wie wohl in früheren Zeiten geschehen ist, die Todesstrafe wegen der eng an das Vorhergehende anschließenden Worte „darumb in diesem Fall" lediglich auf den bewaffneten Diebstahl beziehen wollte, so daß die unbestimmte Strafe den beiden andern Arten vorbehalten wäre. Mit nicht geringerer Betonung hebt nämlich die peinliche Halsgerichtsordnung das „geflissen, geverlich", als das „vergewaltigen und verletzen" hervor, und ganz klar wird am Schlusse des Art. 160 unter Hinweisung auf Art. 159 gesagt, daß nach letzterem die drei Arten qualificirten Diebstahls mit „dem Leben" bestraft würden. Auch für den bewaffneten Diebstahl ist schwere Leibesstrafe angeordnet, welche bis zur Todesstrafe gesteigert werden kann (Anz. 1843, S 25). Indeß hat der peinlichen Halsgerichtsordnung doch wohl eine Unterscheidung zwischen dem bewaffneten und den beiden andern Diebstählen vorgeschwebt, denn es liegt ganz im Geiste dieses Gesetzbuches, ein Verbrechen, wobei „Vergewaltigung" zu besorgen, strafbarer zu erachten, als wenn eben dasselbe Verbrechen keine Vergewaltigung in der Art der Ausführung besorgen läßt; so daß also der Regel nach der bewaffnete Diebstahl härter zu bestrafen ist, als der mit Einsteigen und Einbrechen. Und dieser Ansicht ist auch die inländische Praxis (**cf.** Hermann, **Comment. vit. p.** 6. **n.** 2). So heißt es Anz. 1843, S. 24, daß **in casu concreto** zwar das Einbrechen zweifelhaft, daß aber hierauf wenig ankommen könne, da die vorliegende That nach einer andern Richtung hin, nämlich durch das Mitnehmen einer geladenen Flinte, im ungleich höheren Grade qualificirt erscheine. Die Todesstrafe ist übrigens hier zu Lande für jede Art des Diebstahls bereits durch die Verordnung vom 26. April 1771 „gänzlich aufgehoben"; auch von der schweren Leibesstrafe wird hier zum Theil abgegangen, wie denn in dem bereits gedachten Criminalfall (Anz. 1849, S. 46) das Oberappellationsgericht anerkannte, daß beim Dieb-

stahl mit Einbruch, wohl unter Umständen, wenn die angewandte Gewalt gering, und der entwandte Gegenstand geringfügig, die Strafe bis zur Gefängnißhaft bei Wasser und Brod herabsinken könne.

(Der Beschluß folgt.)

Entscheidungen.

Rechtsfall, die Revocation vollzogener Schenkungen betreffend.

In Appellationssachen der Wittwe Wilh. Lucius c. c. in Neumünster, Klägerin und Appellantin, wider die Demoiselle Catharina Renck c. c. daselbst, Beklagte und Appellatin, wegen Zahlung von 800 ℛ R.-M., sowie wegen Zurücklieferung eines Schuldscheines und verschiedener Mobilien, jetzt gegen das Erkenntniß des Königl. Neumünsterschen Amthauses vom 18. December v. J.;

ergeben die Acten:

In ihrer Klage hatte die Appellantin im Wesentlichen vorgebracht: Die Beklagte, welche schon vor 1842 mehrere Jahre bei der Klägerin und ihrem Ehemanne conditionirt habe, sei auch nach des Letzteren Tode bei der Klägerin zu deren Pflege und Gesellschaft geblieben. Die sehr kränkliche Klägerin habe sich derzeit von der Beklagten bereden lassen, derselben als Belohnung für ihre Bemühungen 1000 ℛ v. Cour. oder 1600 ℛ R.-M. zu versprechen, wenn sie die Klägerin überleben und bis an der Klägerin Lebensende bei ihr bleiben würde. Ein Curator sei jedoch bei Ertheilung dieses Versprechens nicht zugezogen worden.

Im Herbste des Jahres 1843 schwer erkrankt und sich dem Tode nahe glaubend, habe Klägerin der erwähnten Versprechung gemäß auf Vorstellung des Fabrikanten Thomas Köster, welcher damals schon seit längeren Jahren Curator der Beklagten gewesen, und durch denselben der Beklagten 500 ℛ v. Cour., jetzt 800 ℛ R.-M., zustellen lassen. Desgleichen habe Beklagte im Jahre 1844 die abermals schwer erkrankte Klägerin verleitet, ihr in Uebereinstimmung mit der obigen Zusage einen Schuldschein auf 500 ℛ v. Cour., jetzt 800 ℛ R.-M., auszustellen, ohne daß jedoch Klägerin aus irgend einem Rechtsgrunde der Beklagten eine solche Summe schuldig gewesen wäre.

Später im Jahre 1844 sei Klägerin ihrer Gesundheit halber auf längere Zeit mit der Beklagten nach Kiel gezogen und habe verschiedene Mobilien, die sie nicht habe mitnehmen wollen, der Beklagten nach deren Wohnung in Neumünster zur Verwahrung hingegeben. Da ihr Vater inzwischen schwer erkrankt sei, so habe sie zu diesem nach Neumünster zurückkehren müssen und sei, während sie sich dort befunden, ebenfalls die Beklagte in ihre Wohnung in Neumünster zurückgekehrt.

Nach ihres Vaters im Herbste 1844 erfolgtem Tode habe Klägerin die Beklagte wegen der Mobilien zur Rede gestellt, dieselben aber nicht ausgeliefert erhalten, auch sei die Beklagte seitdem in ihre Stellung zu der Klägerin nicht wieder zurückgekehrt. Dieselbe habe ihr aber im Anfange des Jahres 1845 einen also lautenden Revers zustellen lassen:

> Ich Endesunterschriebene bescheinige hiedurch für mich und meine Erben, im Falle ich vor M. W. Lucius Wittwe aus der Welt gehen sollte, die beiden Wechsel, einer bei Sager, einer bei ihr selbst, beide von 500 ℛ v. Cour., wieder an ihr zurückfallen.
>
> Neumünster, den 16. Jan. 1845.
>
> gez. Cath. Renck.
>
> Th. Köster, als Curator.

Demnach befinde sich die Beklagte ohne allen Rechtsgrund im Besitze der verschiedenen erwähnten Vermögensgegenstände der Klägerin, sowie des von ihr ausgestellten Schuldscheines, und da sie sich weigere, diese Sachen, mit denen sie sich ganz ungerecht bereichert habe, aus ihrem Besitz herauszugeben: so bitte Klägerin, dieselbe dazu zu verurtheilen, **ref. exp.**

Die Beklagte opponirte zuvörderst die Einrede der dunkeln und unbegründeten Klage, bezüglich auf die beiden Klaganträge um Rückzahlung der 800 ℛ R.-M. **c. usur.**, sowie um Rückgabe der Schuldverschreibung. Es ward in dieser Hinsicht

1) was die Rückzahlung betrifft, geltend gemacht, daß die bloße Anführung, daß Klägerin 800 ℛ R.-M. an die Beklagte habe zahlen lassen, ein Rückforderungsrecht nicht begründe. Nach den eignen Anführungen der Klägerin müsse man annehmen, daß diese Zahlung eine Schenkung gewesen. Sollte die Klägerin gemeint gewesen sein, diese Schenkung revociren zu wollen, so hätte sie Gründe, die dazu berechtigten, anführen müssen.

Eben so wenig lägen die Voraussetzungen einer **condictio indebiti** vor, weder die Zahlung einer wirklichen Nichtschuld sei behauptet, noch Irrthum, noch daß sich Klägerin in **bona fide** befinde;

2) was die Rückforderung des Schuldscheins betrifft, daß Klägerin behauptet habe, sie habe den Schuldschein ausgestellt, ohne aus irgend einem Rechtsgrunde die verschriebene Summe der Beklagten zu schuldigen. Nun aber könne jede **datio**, jede Zuwendung einer Bereicherung, rechtlich nur entweder in Beziehung auf eine schon bestehende Obligation **solvendi animo**, oder in Beziehung auf eine zu begründende Obligation **credendi animo**, oder, wenn durch das **dare nec contrahitur nec distrahitur obligatio**, nur in

liberaler Absicht geschehen sein. Demnach liege auch hier eine Schenkung vor und seien weder Gründe für eine Revocation der Schenkung angeführt, noch Thatsachen, welche eine **condictio indebiti** rechtfertigen könnten.

In event. sich einlassend, räumte Beklagte ein, daß die Klägerin ihr im Herbst 1843 unter Beistand ihres Curators Th. Köster als Zeichen ihrer Erkenntlichkeit 800 ℛ R.-M. geschenkt und bei dem Tuchmacher Sager angewiesen habe, von welchem sie später die angewiesene Summe ausbezahlt erhalten, ebenfalls, daß die Klägerin im Mai 1844 der Beklagten ein ferneres Geschenk von 800 ℛ R.-M. durch Ausstellung eines Schuldscheines versprochen und diesen Schuldschein unterm 14. e. m. unter Beistand ihres Curators wirklich der Beklagten ausgestellt und eingehändigt habe.

Bedingungen seien bei diesen Schenkungen der Beklagten nicht gemacht worden, auch sei es nicht wahr, daß die Klägerin zu diesen Liberalitäten von der Beklagten überredet wäre, Klägerin habe aus freien Stücken dieselben vorgenommen in Anerkennung der vielfachen Opfer der Freundschaft und Gefälligkeit, welche Beklagte ihr gebracht. Dabei wird des Weiteren ausgeführt, wie sich die Beklagte mannigfach um die Klägerin verdient gemacht, auch auf die Bitten der Klägerin, nachdem diese ihren Mann verloren, zu ihr zu ziehen und mit ihr in Gütergemeinschaft zu leben, ihr eigenes bis dahin geführtes Putzgeschäft aufgegeben habe. Klägerin habe ihr allerdings versichert, daß sie, die Beklagte, falls sie die Klägerin überlebte, deren ganzes Vermögen erben solle, eine solche bedingte Versprechung von 1000 ℛ v. Cour., jetzt 1600 ℛ R.-M., wie in der Klage behauptet worden, sei aber nie erfolgt.

Den Revers vom 16. Jan. 1845 habe Beklagte auf den ihr durch Th. Köster geäußerten Wunsch der Klägerin ausgestellt, und habe die Klägerin durch Annahme desselben die Richtigkeit der an die Beklagte gemachten Schenkungen aufs Neue anerkannt.

Sodann ist negirt, daß die in der Klage angeführten Sachen der Beklagten in Verwahrung gegeben worden seien, mit Ausnahme zweier Shawls, welche Beklagte gar nicht erhalten, habe Klägerin vielmehr diese Sachen der Beklagten etwa ½ Jahr vor dem Umzuge nach Kiel geschenkt.

Im Uebrigen habe es damit seine Richtigkeit, daß sie, nachdem im Herbst 1844 der Vater der Klägerin verstorben, nicht mehr mit derselben zusammen gewohnt habe.

In omnem event. ist die **exceptio compensationis** opponirt, gestützt auf den Schuldschein der Klägerin vom 14. Mai 1844, und um Abweisung der Klage gebeten.

Replicando bestritt Klägerin die Einrede der dunkeln und unbegründeten Klage. Eine Benennung der Klage sei nicht nöthig, sie habe jede in den behaupteten factischen Voraussetzungen begründete Klage anstellen wollen, also namentlich die **condictio sine causa** und **event.** die **condictio causa data causa non secuta.** Klägerin acceptirte die Zugeständnisse der Beklagten über den Empfang der eingeklagten Objecte, sowie das Zugeständniß, daß der Fabrikant Köster zur Zeit der fraglichen Vorgänge ebenfalls als Curator der Beklagten fungirt habe, leugnete die von der Beklagten behaupteten **donationes inter vivos** und gleichfalls, daß eine gültige **donatio mortis causa** stattgefunden habe, bestritt, daß eine und dieselbe Person rechtsgültig für beide Theile als Curator hätte fungiren können, und hob annoch hervor, daß die Mitwirkung eines Curators bei der angeblichen Schenkung der Mobilien gar nicht einmal behauptet worden sei.

Endlich ward noch die **exc. compensationis** bestritten, da dieselbe auf eben denselben Schuldschein gegründet sei, dessen Herausgabe Klägerin beanspruche.

Duplicando protestirte Beklagte dagegen, daß die erst in der Replik unter der Form der Negation aufgestellte Behauptung, daß der Fabrikant Th. Köster nicht als gültiger Curator der Klägerin hätte fungiren können, behufs Begründung der darauf nicht ursprünglich fundirten Klage annoch in Berücksichtigung gezogen werde. Auf die Einrede der Compensation, namentlich darüber, ob sie nicht in Folge einer Schenkung die verschriebenen 800 ℛ R.-M. schuldig geworden, habe Klägerin sich nicht genügend eingelassen.

Das Neumünstersche Amthaus hat hierauf unterm 18. Decbr. v. J. erkannt: *)

*) In den vorangestellten Entscheidungsgründen heißt es:

In Erwägung nun, die beiden ersten Klaganträge auf Rückzahlung von 500 ℛ v. Cour. und Rücklieferung eines auf eine gleiche Summe lautenden Schuldscheins anlangend, daß nach heutigem Rechte der klagenden Partei eine juristisch-technische Bezeichnung der Art der Klage, welche sie anzustellen beabsichtigt, nicht zur Pflicht gemacht werden kann, sondern es ihr nur obliegt, solche thatsächliche Momente anzuführen, aus welchen sich der gestellte Antrag als begründet erweist, wobei es die Sache des Richters bleibt, zu ermessen, ob die Bedingungen einer Klagart, und welcher Klagort von der klagenden Partei gewährt worden sind;

in Erwägung jedoch, daß die Klägerin zwar angegeben, wie sie der Beklagten auf deren Bereden die Summe von 1000 ℛ v. Cour. für den Fall, daß sie bis zum Tode der Klägerin bei ihr bliebe, versprochen, und der Beklagten auch in Uebereinstimmung mit dieser Verabredung einmal 500 ℛ v. Cour. und später einen Schuldschein auf die gleiche Summe zugestellt habe, daß die Klägerin jedoch weder bestimmt behauptet hat, daß diese beiden Leistungen lediglich zur Erfüllung des angeblichen früheren Versprechens, und als Zahlungen der aus dieser etwa für sie hervorgegangenen Schuld von ihr geschehen, noch weniger aber die sonstigen, zur Begründung

daß die Klägerin c. c. mit ihrer Klage auf Zahlung einer Summe von 500 ℛ v. Cour. nebst 5 pCt. jährlicher Verzugszinsen, vom Tage der Klage angerechnet, sowie auf Rücklieferung des im § 2 der Klageschrift erwähnten Schuldscheines, abzuweisen;

Könnte und würde jedoch Klägerin c. c., vorbehältlich des Gegenbeweises und der Eide, binnen Ordnungsfrist rechtlicher Art nach darthun und beweisen, daß sie die im § 3 der Klageschrift angeführten Sachen der Beklagten in Verwahrung gegeben, so würde hinsichtlich des dritten Klagantrages auf Rücklieferung dieser Sachen, sowie der Kosten wegen, weiter ergehen, was den Rechten gemäß.

Die Klägerin hat gegen dieses Erkenntniß das Rechtsmittel der Appellation ergriffen und unter Beobachtung der Formalien ihre Beschwerden nachstehendermaaßen aufgestellt:

1) daß erkannt worden, wie geschehen, und nicht vielmehr die Beklagte schuldig erkannt ist,
   - a) die Summe von 500 ℛ v. Cour., jetzt 800 ℛ R.-M., nebst 5 pCt. jährlicher Verzugszinsen, vom Tage der Klage angerechnet, an die Klägerin zu bezahlen;
   - b) den im § 2 erwähnten Schuldschein an die Klägerin zurückzuliefern;
   - c) die im § 3 der Klage aufgeführten Sachen, mit Ausnahme von zwei weißen Shawls, der Klägerin zurückzugeben, und
   - d) die in dieser Sache der Klägerin verursachten Proceßkosten, deren Ansetzung und Ermäßigung vorbehältlich, zu erstatten;
2) event. daß nicht der Klägerin die Beweise freigelassen worden,
   - a) daß die Klägerin im Herbst 1842 oder später von der Beklagten beredet sei, dieser für

---

einer condictio indebiti erforderlichen Momente, wie namentlich einen entschuldbaren Irrthum über ihre Verbindlichkeit, angeführt hat, daß mithin eine aus dem Grunde angestellte Klage, daß das erste angebliche Schenkungsversprechen ungültig gewesen, nicht begründet worden ist;

in Erwägung, daß die Klägerin die erste angebliche Verabredung einer Schenkung von 1000 ℛ v. Cour. sowohl indirect in ihrer Klagschrift durch die Bemerkung, daß bei derselben ein Curator nicht zugezogen sei, als direct in ihrer Replik als eine ungültige hingestellt hat, daß die Klägerin daher auch nicht eine Nebenbestimmung dieser angeblichen Verabredung, nämlich, daß die Schenkung nur für den Fall versprochen sei, daß die Beklagte bis zum Tode der Klägerin bei derselben bleibe, in der Weise zur Basis ihrer Klage benutzen kann, daß eine Rückforderung des später Geleisteten darauf gestützt erscheinen würde, daß die Beklagte der Auflage, bis zum Tode der Klägerin bei derselben zu bleiben, eingeräumtermaaßen nicht nachgekommen sei;

in Erwägung, daß die Klägerin zwar angegeben, daß die Leistungen der Summe von 500 ℛ und des auf 500 ℛ lautenden Schuldscheins in Uebereinstimmung mit der angeblichen mehrerwähnten früheren Verabredung geschehen seien, daß aus dieser Anführung aber keineswegs die Behauptung entnommen werden kann, daß, abgesehen von der früheren ungültigen Verabredung, durch und bei diesen Leistungen eine Vereinbarung zwischen den Parteien zu Stande gekommen sei, nach welcher diese Leistungen nur für den Fall geschehen sein sollten, daß die Beklagte bei der Klägerin bis zum Tode derselben bliebe, daß mithin eine condictio causa data causa non secuta durch die Anführungen der Klägerin nicht als begründet erscheint, da sie nicht behauptet, daß jene Leistungen um des angeführten zukünftigen Erfolges wegen von der Klägerin beschafft und von der Beklagten in Empfang genommen seien;

in Erwägung, daß die Voraussetzungen einer condictio sine causa in der Klagschrift ebenfalls nicht gegeben sind, weil die Klägerin nicht behauptet, daß die Vermögensübertragungen, welche die Klägerin rückgangig machen will, vermöge eines ungültigen Geschäfts zu Stande gekommen seien, auch keine Thatsachen, aus welchen solches zu entnehmen sein würde, angeführt hat, indem die replicando vorgebrachte Behauptung, daß der Curator der Beklagten nicht zugleich als Curator der Klägerin bei einem der fraglichen Geschäfte gültig habe fungiren können, abgesehen davon, daß die Klagschrift eine Anführung, daß jene Geschäfte ohne gültige Assistenz eines Curators vorgenommen seien, nicht enthält, um so weniger in Betracht kommen kann, da es auf Seiten der Beklagten für den Empfang der Leistungen eines Curators überall nicht bedurfte;

in Erwägung daher, daß, da es zu einer Rückforderungsklage nicht genügt, daß Vermögensobjecte der Klägerin in das Vermögen der Beklagten übergegangen sind, und die näher angeführten thatsächlichen Verhältnisse zu einem besonderen Rückforderungstitel keinen Anhaltspunkt darbieten, die Klage hinsichtlich der beiden ersten Anträge als unbegründet erscheint, und es daher weder in Betracht kommt, ob die Behauptung der Beklagten, daß jene beiden Leistungen später als Schenkungen von der Klägerin anerkannt seien, noch ob die vorgebrachte Compensationseinrede für begründet zu erachten sein würde;

in fernerer Erwägung, den dritten Klagantrag auf Rücklieferung verschiedener Mobilien &c. anlangend, daß die Beklagte von der Empfangnahme zweier Shawls nichts wissen will, und die Klägerin daher hinsichtlich derselben Beweis für ihre Behauptung zu erbringen hat, daß die Klägerin ferner die Rücklieferung dieser beiden Shawls, sowie der übrigen Sachen aus dem Grunde in Anspruch genommen hat, weil sie dieselben der Beklagten in Verwahrung gegeben, während die Beklagte angiebt, dieselben zum Geschenk erhalten zu haben, daß die Klägerin mithin, da sie jene Sache nicht mit einer Eigenthumsklage, welche die Behauptung des gegenwärtigen Besitzes oder einer diesem rechtlich gleichstehenden Thatsache erfordern würde, in Anspruch nimmt, die behauptete Hingabe der Sachen zur Aufbewahrung zu erweisen hat.

den Fall, daß sie bis zum Tode der Klägerin bei ihr bleibe und die Klägerin überlebte, die Summe von 1000 ℛ𝓉 zuzusagen, damit, wenn die Klägerin nicht anderweitig für die Beklagte sorge, diese Letztere darin eine Belohnung ihrer Bemühungen um die Klägerin habe und daß ein Curator bei dieser Beredung von der Klägerin nicht zugezogen sei;

b) daß die im Herbst des Jahres 1843 bedeutend kranke Klägerin, der unter 2 a angeführten Beredung gemäß, auf Vorstellung des Herrn Fabrikanten Thomas Köster, der damals schon seit längeren Jahren Curator der Beklagten war, und durch ihn der Beklagten 500 ℛ𝓉 v. Cour. zustellen ließ, und

c) daß die Beklagte in den ersten Monaten des Jahres 1844 die abermals sehr kranke Klägerin dazu verleitet habe, ihr in Uebereinstimmung mit der früheren unter 2 a (§ 1 der Klage) angegebenen Beredung einen auf 500 ℛ𝓉 v. Schl.-H. Cour. lautenden Schuldschein auszustellen, ohne daß Klägerin der Beklagten aus irgend einem Rechtsgrunde eine solche Summe schuldig war und die Beklagte diesen Schuldschein an sich genommen habe,

oder wie sonst die unter 2, a, b, c aufgeführten Beweise lauten müssen;

3) event. daß der Klägerin nicht der Beweis freigelassen worden, daß im Jahre 1844 die Beklagte zwei der Klägerin zugehörige Shawls in Verwahrung genommen und dieselben auf geschehene Aufforderung der Klägerin nicht wieder ausgeliefert habe, oder wie dieser Beweis sonst lauten müsse;

4) event. daß der Beklagten nicht die Beweise auferlegt worden,

a) daß die Klägerin unter Beistand ihres gerichtlich bestellten Curators, des Fabrikanten Th. Köster, der Beklagten im Herbst des Jahres 1843 eine Summe von 500 ℛ𝓉 geschenkt habe, die in der Weise ausbezahlt wurde, daß der Tuchmacher Sager der Beklagten mit Zustimmung der Klägerin und ihres genannten Curators einen Schuldschein auf obige Summe, welche er der Klägerin schuldigte, ausstellte, welche Schuld gedachter Sager auch demnächst an die Beklagte berichtigt habe,

b) daß die Klägerin im Mai des folgenden Jahres 1844 der Beklagten versprochen habe, ihr einen Wechsel auf 500 ℛ𝓉 zu geben, und dieses Versprechen erfüllt habe, indem sie der Beklagten einen unterm 14. Mai 1844 von ihr mit ihrem genannten Curator Th. Köster an die Klägerin auf die Summe von 500 ℛ𝓉 Cour. ausgestellten Wechselbrief einhändigte, daß die Klägerin durch Einhändigung dieses Wechselbriefs der Beklagten ein Geschenk machen wollte, sowie gemacht, und die Beklagte dieses Geschenk acceptirt habe;

c) daß die Klägerin der Beklagten im Jahre 1843 oder 1844 die im § 3 der Klage aufgeführten Sachen, mit Ausnahme von zwei weißen Shawls, geschenkt habe,

oder wie sonst diese Beweise lauten müssen;

5) event. daß die Beklagte nicht mit ihrer eventuellen Einrede der Compensation wegen einer angeblichen Schenkung von 500 ℛ𝓉 Cour. abgewiesen worden ist.

Es steht demnach zunächst in Frage, ob die Klage in Ansehung der beiden aberkannten Anträge hinreichend deutlich und begründet war?

In Erwägung nun, daß die Klägerin, wenn sie auch ihre Klage nicht zu benennen brauchte, doch solche Thatsachen nachweisen mußte, aus denen ein auf ihrer Seite erworbenes Recht, welches durch die angerufene richterliche Hülfe geschützt werden soll, sich construiren und erkennen lasse;

in Erwägung aber, daß nach den eigenen Anführungen der Klägerin die jetzt verlangte Rückgabe derjenigen Bereicherungen, welche sie der Beklagten zugewendet hat, contractlich nicht ausbedungen worden ist, mithin, um den Antrag auf Rückgabe zu rechtfertigen, ein einseitiges Rücktrittsrecht nachgewiesen sein mußte;

in Erwägung, daß in diesem Sinne das Revocationsrecht bei Schenkungen auf den Todesfall, oder das Condictionsrecht wegen Nichtigkeit des ursprünglichen Uebertragungsgeschäftes, oder wegen nicht erfüllter Bedingung der Schenkung zu berücksichtigen sind;

in Erwägung jedoch, daß zwar in der Klage von einem wegen mangelnder Form nicht rechtsbeständigen, im Jahre 1842 zwischen den Parteien vorgekommenen Schenkungsversprechen auf den Todesfall die Rede ist, und die Schenkungen aus den Jahren 1843 und 1844, um welche es sich hier handelt, als an jenes erstere nichtige Geschäft sich anschließend dargestellt werden, daß diese Combination aber lediglich in nunmehriger subjectiver Anschauung der Klägerin zu beruhen scheint, indem dieselbe weder behauptet hat, daß bei Vollziehung der Schenkungen vom Jahre 1843 und 1844 ausdrücklich auf die angeblich frühere Versprechung Bezug genommen und die Clauseln des ersten Versprechens auf die späteren Schenkungen extendirt worden seien (wie denn namentlich auch der von der Beklagten referirte Text des Wechselbriefes vom 14. Mai 1844 dergleichen nicht enthält), noch aus der klägerischen Anführung, daß die der Beklagten in den

Jahren 1843 und 1844 zugewendeten Bereicherungen dem früheren Versprechen gemäß in Uebereinstimmung mit demselben geschehen seien, hinreichend deutlich sich entnehmen läßt, daß die Liberalitäten aus den Jahren 1843 und 1844 gerade nur eine Ausführung des vorher Versprochenen hätten enthalten sollen, indem vielmehr objective sofort als Gegenargument hervortritt, daß in dem behaupteten ursprünglichen Schenkungsversprechen eine Vermögensauskehrung bei Lebzeit der Klägerin überall nicht zugesagt worden war;

in Erwägung daher, daß nach dem, was klägerischerseits vorgebracht worden, zwischen der späteren Hingabe von Vermögensobjecten und der angeblichen früheren Versprechung ein anderer Zusammenhang gar nicht stattgefunden zu haben scheint, als der zwischen einem endgültlich zu Stande gekommenen Geschäfte und vorgängigen, nach Vollendung des ersteren nicht mehr in Betracht kommenden Tractaten;

in Erwägung, daß sich hienach aus dem angeblichen ursprünglichen Versprechen und dessen Modalitäten weder ein Revocationsrecht in Ansehung der später erfolgten Vermögensübertragungen, noch einigerlei Condictionsrecht mit sicherer Schlüssigkeit herleiten läßt, daß indeß diesem Mangel in der factischen Klagbegründung möglicher Weise in einer neu angebrachten verbesserten Klage Abhülfe gegeben werden könnte, und daher das zugleich das minus in sich schließende erste gravamen in so fern zu berücksichtigen steht, als nicht definitive hätte abgewiesen werden sollen;

wird, auf eingelegte Unterinstanzacten und Recesse, sowie nach stattgehabter mündlicher Verhandlung, hiedurch von Obergerichtswegen für Recht erkannt:

> daß sententia a qua des Königl. Neumünsterschen Amthauses vom 18. Decbr. 1854, so weit dieselbe die beiden Klaganträge auf Rückzahlung von 800 ℛ R.-M. c. usur. mora und auf Rücklieferung des im § 2 der Klage erwähnten Schuldscheines betrifft, dahin zu modificiren, daß die Klägerin mit diesen Klaganträgen nur angebrachtermaaßen abzuweisen sei, unter Compensation der Kosten dieser Instanz.

Wie denn solchergestalt hiedurch erkannt wird

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. Publicatum im Königl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 18. Juni 1855.

Das gegen dies Erkenntniß eingelegte Rechtsmittel der Appellation hatte nachstehendes Urtheil des Königl. Oberappellationsgerichtes zur Folge:

Frederik der Siebente &c.

In Sachen der Wittwe W. Lucius, früher in Neumünster, jetzt in Gaarden, Klägerin und Appellantin, cum cur., wider die Demoiselle Catharina Renck, früher in Neumünster, jetzt in Kiel, Beklagte und Appellatin, cum cur., wegen Zurückzahlung von 800 ℛ R.-M., sowie Zurücklieferung eines Schuldscheins und sonstiger Sachen s. w. d. a., dann Appellation gegen das Erkenntniß des Amthauses zu Neumünster vom 18. Decbr. 1854, jetzt Appellation gegen das Erkenntniß des Holsteinischen Obergerichts vom 15. Juni 1855 betreffend,

wird, nach verhandelter Sache, unter abschriftlicher Mittheilung der eingezogenen Gegenerklärung der Appellatin,

in Erwägung, was zuvörderst die verlangte Zurückzahlung von 800 ℛ R.-M., sowie die Zurücklieferung eines Schuldscheins betrifft,

1) daß in der Klage behauptet ist: Klägerin sei nach dem Tode ihres im Herbst 1842 gestorbenen Ehemannes von der damals zur Pflege und Gesellschaft bei ihr lebenden Beklagten beredet worden, derselben, was jedoch ohne Zuziehung eines Curators geschehen sei, als Belohnung für deren Bemühungen 1000 ℛ v. Cour. für den Fall zuzusagen, daß dieselbe beständig bei ihr bliebe, sie überlebe und keine anderweitige Versorgung von ihr erhalte; im Herbst 1843 habe dann Klägerin, auf Vorstellung des Curators der Beklagten, des Fabrikanten Thomas Köster, durch diesen der Beklagten, der eben angeführten Beredung gemäß, 500 ℛ v. Cour. zustellen lassen und in den ersten Monaten des Jahres 1844 sei Klägerin von der Beklagten verleitet worden, derselben, in Uebereinstimmung mit der angegebenen Beredung, einen auf 500 ℛ v. Cour. lautenden Schuldschein auszustellen, ohne daß sie derselben aus irgend einem sonstigen Rechtsgrunde eine solche Summe schuldig gewesen sei; die Beklagte habe indessen später im Laufe selbigen Jahres, als Klägerin sich eine Zeit lang zu ihrem erkrankten Vater habe begeben müssen, inzwischen ihre eigene Wohnung in Neumünster bezogen und sei nicht wieder zur Klägerin zurückgekehrt, habe vielmehr allen Verkehr mit der Klägerin abgebrochen;

2) daß, während hiernach die behauptete Zusage als ein bedingtes Versprechen einer künftig zu vollziehenden Schenkung auf den Todesfall erscheint, die in Betreff der beiden erwähnten Leistungen der Klägerin gebrauchten Wendungen: „der angeführten Beredung gemäß" 500 ℛ v. Cour. an die Beklagte ausgekehrt, sowie „in Uebereinstimmung mit der angegebenen Beredung" einen Schuldschein an die Beklagte ausgestellt zu haben, in dem Zusammenhange, worin sie vorkommen, ungezwungen sich nur dahin verstehen lassen, daß jene Leistungen zum Zweck der Erfüllung des gegebenen Versprechens erfolgt wären, jedenfalls diesen Sinn haben können und darum auch so aufgefaßt werden müssen, weil die Klägerin diesen Sinn damit verbunden haben will und nach

L. 66 D. de judiciis (5. 1.) Klagen stets so weit möglich zu Gunsten des Klägers auszulegen sind;

3) daß in der Erfüllung eines bedingten Versprechens vor Eintritt der Bedingung an sich noch kein Verzicht auf die Bedingung liegt, mithin, wenn keine entgegengesetzte Willenserklärung bewiesen wird, anzunehmen ist, daß die dem Versprechen der Klägerin beigefügte Bedingung auch für die bereits erfüllte Schenkung noch fortbestehe und hier in einen resolutiv bedingenden Modus übergegangen, daß also die Schenkung in Folge der Uebertretung dieses Modus verwirkt sei;

4) daß die Unverbindlichkeit des Versprechens der Klägerin wegen Mangels eines Curators dabei hier von keinem Einfluß ist und nicht hindert, die in Folge desselben beschafften Leistungen nach den Modalitäten der Zusage zu beurtheilen, da das Erforderniß der Zuziehung eines Geschlechtsvormundes bei den Geschäften von Frauenzimmern nur den Zweck hat, letztere vor Schaden zu bewahren, aber keineswegs auch die ohne Curator vorgenommenen Geschäfte derselben zu ihrem Nachtheil unwirksam macht;

5) daß somit die Klägerin nicht bloß befugt wäre, ihre Gaben zurückzunehmen, wenn die Beklagte vor ihr stürbe, was die Beklagte selbst anerkannt hat, sondern auch wegen Nichtbeobachtung der der Beklagten gesetzten Bedingung, lebenslänglich bei ihr zu bleiben, ihre Schenkungen widerrufen und zurückfordern kann, weshalb die Klage sich als genugsam begründet darstellt;

6) daß aber die Beklagte nur den Empfang der besagten Leistungen und die Trennung von der Klägerin eingeräumt hat, wobei ihre verspätete und ohnehin aus den Angaben der Klägerin nicht mit Grund zu entnehmende Einrede der von der Klägerin selbst verschuldeten Trennung nicht in Betracht kommt, dagegen sowohl das von der Klägerin behauptete bedingte Versprechen, als die Vornahme der fraglichen Leistungen zum Zweck der Erfüllung eines solchen Versprechens, leugnet und die ihr gegebenen 500 ℛ v. Cour., sowie den empfangenen Schuldschein, lediglich als unbedingte Schenkungen unter Lebenden erhalten haben will;

7) daß folglich Klägerin die in Abrede gestellten Umstände, von welchen ihr Rückforderungsrecht abhängt, als wesentliche Bestandtheile ihres Klagfundaments annoch beweisen muß;

8) daß einer darauf bezüglichen Beweisauflage jedoch auch der Umstand nicht entgegensteht, daß in der Klage Angaben darüber vermißt werden, wie die Absicht, durch die besagten Leistungen das gegebene Versprechen zu erfüllen, an den Tag gelegt worden sei, indem der Klägerin, welche sich der einzelnen, bei der Ausführung des 1842 abgeschlossenen Contracts gesprochenen Worte nicht genau erinnern will, die Möglichkeit nicht abgeschnitten werden darf, solche Thatsachen darzuthun, aus welchen jene Absicht hervorgeht; und

in Erwägung, die zurückverlangten, im § 3 der Klage verzeichneten Sachen anlangend, daß Klägerin unzweideutig die Uebergabe dieser Sachen an die Beklagte zum Zweck der Aufbewahrung behauptet, die Beklagte aber theils den Empfang dieser Sachen, theils wenigstens die Deponirung derselben geleugnet hat und Klägerin daher, mit Beziehung auf die dem Erkenntniß des Amthauses zu Neumünster vom 18. December 1854 vorangestellten Entscheidungsgründe, von dem ihr durch dies Erkenntniß auferlegten Beweis des Depositums nicht entbunden werden kann,

hiemit für Recht erkannt:

daß das angefochtene Erkenntniß des Holsteinischen Obergerichts vom 18. Juni 1855, so weit dasselbe die beiden Klaganträge auf Zurückzahlung von 800 ℛ R.-M. nebst Verzugszinsen und auf Zurücklieferung des im § 2 der Klage erwähnten Schuldscheins betrifft, dahin abzuändern:

Könnte Klägerin cum cur., vorbehältlich des Gegenbeweises und der Eide, binnen Ordnungsfrist, rechtlicher Art nach darthun und beweisen,

daß sie im Herbst 1842 oder später der Beklagten für den Fall, daß dieselbe bis zum Tode der Klägerin bei dieser bleibe, die Summe von 1000 ℛ v. Cour., jetzt 1600 ℛ R.-M., zugesagt habe und daß die 500 ℛ v. Cour., welche im Jahre 1843, sowie der Schuldschein, welchen im Jahre 1844 die Beklagte geständigermaaßen von der Klägerin erhalten hat, zur Erfüllung jenes Versprechens gegeben und ausgestellt worden,

so würde nach solchem geführten oder nicht geführten Beweise, sowohl in der Hauptsache, als der Kosten wegen, weiter ergehen, was Rechtens, — im Uebrigen aber das angefochtene Erkenntniß zu bestätigen sei, unter Vergleichung der Kosten dieser Instanz.

Die Ansätze des Anwalts und Procurators der Appellantin werden auf 50 ℛ 38 ß R.-M. und die des Anwalts und Procurators der Appellatin auf 30 ℛ 31 ß R.-M. bestimmt.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Oberappellationsgerichte zu Kiel, den 29. Decbr. 1855.

Allerhöchst privilegirte
Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen **Henrici** *und* **Lucht.**
Gedruckt bei **Augustin** *in Glückstadt.*

15. Stück. Den 14. April 1856.

Thatbestand des qualificirten Diebstahls.

Nach den von der inländischen Praxis befolgten Grundsätzen.

(Fortsetzung.)

Noch ist hier eines Umstandes zu gedenken. Nach dem § 12 der Verordnung vom 23. März 1814 (worauf unten zurückgekommen ist) soll jeder mit Einbruch, Einsteigen oder bewaffnet verübte Diebstahl, der in den bestehenden Gesetzen mit zeitiger Zuchthaus- oder Karrenstrafe bedroht ist, alsdann mit 1—4jähriger Zuchthausstrafe mehr belegt werden, wenn derselbe von 2 oder mehreren erwachsenen Mannspersonen begangen. Unter Beziehung hierauf wird in den Anz. 1837, S. 4, behauptet, daß die Strafbestimmung der vorhin gedachten Verordnung von 1771 auf den durch Einbruch qualificirten Diebstahl keine Anwendung leide. Faßt man den § 12 der Verordnung von 1814 so auf, als ob er sagen wollte, daß die hervorgehobenen Diebstähle nur noch mit zeitiger Zuchthausstrafe bedroht seien, so müßte hiernach die Verordnung von 1771 insofern allerdings aufgehoben sein, als die Diebstähle des Art. 159 nicht ferner mit lebenswieriger Zuchthausstrafe zu belegen wären. Und doch wird ganz richtig in den Anz. 1843, S. 25, wenigstens in Bezug auf den bewaffneten Diebstahl, gesagt, daß bei uns an die Stelle der Todesstrafe eine willkürliche, bis zur lebenswierigen Freiheitsberaubung zu erhöhende Zuchthausstrafe getreten sei. So ist der § 12 cit. aber auch nicht zu verstehen; er denkt lediglich an diejenigen Fälle der nach Art. 159 qualificirten Diebstähle, welche nach den concreten Umständen nur mit zeitiger Haft zu belegen, und konnte Fälle, welche lebenswierige Haft erfordern, in Gemäßheit des Grundsatzes: **pœna major absorbet minorem** auch nicht wohl im Auge haben. Daher kann die Verordnung von 1771 auch nicht durch die Verordnung von 1814 derogirt sein. Zwar wird in den Anzeigen l. l. nur solches in Bezug auf den Diebstahl mit Einbruch behauptet. Allein zu einer solchen Bevorzugung dieses Diebstahls vor den beiden andern Arten ist man in abstracto wenigstens nicht befugt, da weder die Verordnung von 1771, noch die von 1814 dazu Anlaß an die Hand geben, vielmehr in der ersten Verordnung für alle drei Arten ohne Unterscheidung angenommen ist, daß für sie, wenn sie nach der peinlichen Halsgerichtsordnung mit dem Tode zu bestrafen gewesen wären, jetzt nur noch lebenswierige Haft eintreten solle, und ferner in der Verordnung von 1814 wieder für alle drei Arten ohne Unterscheidung vorausgesetzt wird, daß es Fälle geben könne, wo nur auf zeitige Haft erkannt werden dürfe.

(Eine etwas andere Argumentation cf. Anz. 1837, S. 344.)

Wiederholter Diebstahl. Unter wiederholtem Diebstahl wird hier der Rückfall verstanden. Die bekannte Controverse, ob die Artikel 161 der peinlichen Halsgerichtsordnung (vom andern Diebstall) und 162 (vom stelen zum dritten mal) nur von der Concurrenz mehrerer noch unbestrafter Diebstähle, oder vom Rückfall (cf. Mittermaier in den Noten zum Feuerbach'schen Lehrbuche, § 325 und 332), oder endlich, ob der Art. 161 von Concurrenz, der Art. 162 vom Rückfall rede, welcher am wenigsten zu rechtfertigenden Ansicht die gemeinrechtliche Praxis folgt, übergehe ich. Ich bemerke nur, daß unsere Gesetzgebung gleichfalls dieser Ansicht sich angeschlossen hat, aber freilich in einer auch jetzt noch schroff zu nennenden Weise. Das Patent vom 18. Novbr. 1823, wonach der dritte Diebstahl, ohne Rücksicht auf den Werth der entwendeten Sache, oder sonst in Betracht kommender Umstände, jedesmal mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe zu belegen war, ist allerdings, nachdem vielfache Klagen über dies exorbitante Strafgesetz laut geworden (vgl. Anz.

1840, S. 311; 1841, S. 3, 283; 1842, S. 107, 215. Schirach, Handbuch II. S. 380), durch das Patent vom 27. März 1843 formell aufgehoben, richtiger gesagt aber nur gemildert worden. Denn der § 2 dieses Patents, wonach Derjenige, welcher nach vorgängig erlittener Strafe des ersten und zweiten Diebstahls einen dritten begangen hat, zu zweijähriger bis lebenslänglicher Zuchthausstrafe, ohne oder mit Schärfung, zu verurtheilen ist, läßt das richterliche Ermessen und die Berücksichtigung der in concreto vorliegenden Umstände hinsichtlich der zu normirenden Strafe erst nach zwei Jahren Zuchthaus eintreten, zwingt den Richter aber, mindestens zwei Jahre Zuchthaus zu erkennen. Und doch ist dieses Strafmaaß in vielen Fällen gewiß als sehr hart zu bezeichnen, um so mehr, wenn man erwägt, daß noch unter der Herrschaft des Patents von 1823 die wegen dritten Diebstahls erkannte Strafe aus allerhöchster Gnade oft bis zur einjährigen, ja bis zur halbjährigen Zuchthausstrafe herabgesetzt ward (Anz. 1841, S. 283). Die alten Klagen haben sich daher nach Emanirung des Patents von 1843 nur wiederholen können (Anz. 1844, S. 2 und 1847, S. 2, Note), und wohl ist der Wunsch ein gerechtfertigter, daß im Interesse einer auch gegen Verbrecher auszuübenden Gerechtigkeit, nebenher vielleicht auch im Interesse der Commünen, welche die Criminalkosten zu tragen haben, Gesetzgebung oder Stände die Initiative zu einer Revision der hierher gehörenden Strafnormen ergreifen mögen. Bis dahin wenigstens ist für das Obercriminalgericht Grund genug vorhanden, darauf zu halten, daß die Strafe des dritten Diebstahls nur erkannt werde, wenn in formeller, wie in materieller Hinsicht der Thatbestand dieses Verbrechens vollkommen constatirt vorliege. Ist dies der Fall, so bleibt nur noch übrig, im Gnadenwege eine Vermittelung zwischen Gesetz und Gerechtigkeit zu suchen. Nach Obigem ergiebt sich zugleich, daß alle, in den Entscheidungsgründen zu Urtheilen, welche unter der Herrschaft des Patents von 1823 gefällt werden, vorkommenden bezüglichen Aeußerungen auch jetzt noch ihre ganze praktische Wichtigkeit haben.

Der erste Rückfall ist in unserer Gesetzgebung nicht besonders hervorgehoben. Mit Recht aber sieht die inländische Praxis eine wegen ersten Diebstahls bereits erlittene Strafe als Strafschärfungsgrund beim zweiten Diebstahl an. Hiermit stimmt auch die gemeinrechtliche Theorie so ziemlich überein, und wenn neuerdings Köstlin, System, I, S. 621 sehr gegen die vielfach angenommene „ganz außerordentliche Strafbarkeit des Rückfalls" eifert, so kommt doch auch er, freilich mit allerlei Beimischung, dazu, a. a. O. S. 624 in der Wiederholung von Verbrechen nach bereits erlittener Bestrafung einen möglichen Straferhöhungsgrund zu sehen. Ob übrigens ein erster oder zweiter Rückfall vorliege, macht den Thatbestand des Rückfalls an sich nicht zu einem verschiedenartigen, und es können daher die unten folgenden Bemerkungen, sofern nicht eben der Unterschied des ersten und zweiten Rückfalls von selber sich an die Hand giebt, sowohl auf jenen, wie diesen bezogen, und umgekehrt die in den Anzeigen rücksichtlich des ersten Rückfalles gemachten Aeußerungen auch für den zweiten Rückfall benutzt werden.

Von Rückfall kann also nur die Rede sein, wenn der wegen Diebstahls zu bestrafende Inculpat bereits eines ersten, resp. zweiten Diebstahls nach ordnungsmäßig von dem competenten Criminalgerichte geführter Untersuchung vollständig überführt, dieserwegen mit einer Criminalstrafe belegt worden und solche Strafe vollaus abgehalten hat (s. dagegen Feuerbach, Lehrbuch, §. 332). Dieser in der inländischen Praxis feststehende Grundsatz soll nun mit Aeußerungen unserer Criminalgerichte belegt werden. Es ist zunächst mehrfach anerkannt, daß die Strafe des zweiten, resp. dritten Diebstahls (cf. Anz. 1837, S. 48, 127, 287) nicht bloß durch eine vorangehende Bestrafung überhaupt, sondern auch dadurch bedingt werde, daß die bereits erkannte Strafe dem Inhalte der Acten und den allgemeinen Strafgesetzen gemäß sei. Als eine sich von selbst ergebende Folgerung aus diesem Fundamentalsatze ist die, Anz. 1837, S. 48 u. a. a. O. gemachte Bemerkung anzusehen, daß die Beurtheilung des zur Bestrafung vorliegenden Verbrechens mit Rücksicht auf den ihm etwa beizulegenden Charakter des wiederholten Verbrechens eine selbstständige Prüfung auch aller vorausgehenden Gesetzübertretungen erforderlich mache, und zwar sowohl „in formeller, als materieller Hinsicht" (Anz. 1842, S. 258). — Der jetzt urtheilende Richter hat vor Allem aus den desfällig früher erwachsenen Acten sich zu vergewissern, daß bei den früheren Untersuchungen keine Formfehler vorgefallen seien. Eine solche Prüfung fällt von selber weg, wenn über die früheren Straffälle die Acten nicht aufzufinden sind (Anz. 1842, S. 258), oder wenn überall keine Acten erwachsen, wie in dem Fall Anz. 1838, S. 351, wo nur eine Notiz der Landvogtei vorlag. Ein anderer Inculpat (Anz. 1839, S. 289) war wegen Entwendung früher von seinem Regimente bestraft worden, aber „weil darüber aus dem Justizprotocolle des Regiments gar nichts constirte, hinfolglich auch die eigenthümliche Beschaffenheit des Vergehens, weswegen die Strafe erkannt, nicht mehr zur Beurtheilung stand, so konnte diese Bestrafung nicht in Anrechnung gebracht werden". — Weiter finden sich in den Anzeigen manche Beispiele, daß eine frühere Bestrafung wegen der bei der dermaligen Untersuchung vorgefallenen Formfehler unberücksichtigt blieb. Einige Beispiele mögen angeführt werden. In dem

einen Fall war zu der Untersuchung vom Justitiariate weder ein Actuar, noch die gesetzlich verordneten Beisitzer hinzugezogen worden (Anz. 1841, S. 345). In einem andern Falle hatte eine „selbstständige Vernehmung des Inculpaten ad protocollum nicht stattgehabt, weshalb die Untersuchung in formeller Hinsicht zu mangelhaft und summarisch instruirt erscheine, um das darauf wegen ersten Diebstahls ausgesprochene Straferkenntniß gegenwärtig als Grundlage für die eventuelle Verfügung der schweren Criminalstrafe des dritten Diebstahls zu benutzen". In einem dritten Fall (Anz. 1841, S. 76) mangelte es, „weil das bei der Untersuchung abgelegte Geständniß dem Inculpaten weder vorgelesen, noch genehmigt war, an dem Beweise der Legalität der wegen zweiten Diebstahls erkannten Strafe". In diesem Fall ward übrigens auch nicht auf die Bestrafung wegen ersten Diebstahls Rücksicht genommen; der Grund ist nicht ersichtlich. Solche Fälle ließen sich wohl leicht mehr anführen; jedoch findet man in den späteren Jahrgängen der Anzeigen weniger Beispiele solcher Formfehler erwähnt.

Wie die Untersuchung ordnungsmäßig zu führen, so ist auch das Urtheil ordnungsmäßig zu publiciren (vgl. Anz. 1838, S. 351). In einem andern Falle (in Untersuchungssachen wider den Schmiedelehrling Berendsen, genannt Steffen, aus F.), wo der Amtssecretair „im Auftrage des Amtmannes sich mit dem Physicus nach dem Gefängniß begeben und dort dem Inculpaten ein Erkenntniß publicirt hatte, ward im Erkenntniß des Obercriminalgerichts vom 1. April 1853 diese Strafe nicht für den Rückfall in Anrechnung gebracht, weil jenes Erkenntniß nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen gerichtlichen Form abgesprochen und dem Inculpaten publicirt war". Endlich ist auch nach anderer Seite hin bei Absprechung des Urtheils ein Formfehler zu vermeiden. Es muß nämlich, was namentlich für den dritten Diebstahl von Wichtigkeit ist, in dem Erkenntniß, das den zweiten Diebstahl bestrafte, ausdrücklich auf die wegen ersten Diebstahls gefällte Strafe Rücksicht genommen sein und gesagt werden, daß die fernere erfolgte Strafe „wegen zweiten" (resp. wegen dritten) Diebstahls gefällt sei (vgl. Anz. 1837, S. 48, 104, 318, Schl.; 1839, S. 51, O. A. G.; 1838, S. 382; 1841, S. 76, 345; 1842, S. 107). Wenn, nachdem Inculpat wegen ersten Diebstahls bestraft worden und nunmehr sich ergiebt, daß vor diesem Diebstahl noch ein früherer vom Inculpaten begangen worden, so kann er wegen des letzteren wieder nur wegen „ersten Diebstahls" bestraft werden (Anz. 1846, S. 79 Schl.) und ein späterer, nach Abhaltung der letztgedachten Strafe verübter Diebstahl wäre nicht als dritter, sondern als zweiter zu bestrafen. Ein anderer Fall ist aber folgender (Anz. 1837, S. 48.) Der Inculpat war früher bereits wegen zweiten Diebstahls bestraft worden; bei dem darnach vollführten Diebstahl zeigte sich aber, daß der frühere erste Diebstahl für den Rückfall nicht hätte in Anrechnung gebracht werden sollen, und deshalb bestrafte das Obercriminalgericht den Inculpaten jetzt nicht wegen dritten, sondern zweiten Diebstahls.

Dies führt uns indeß hinüber zu der Anforderung an den den Rückfall beurtheilenden Richter, daß er die früheren Gesetzesübertretungen auch von ihrer materiellen Seite der Prüfung unterwerfe; und demnach ist zu verlangen, daß die früher erwachsenen Acten dem gegenwärtigen Richter die Ueberzeugung gewähren, der Thatbestand des damaligen Verbrechens liege erwiesen vor. Der Conat, wenn dieser auch vollkommen constatirt worden, kommt beim Rückfall nicht in Anrechnung (Anz. 1838, S. 351); ebenso wird keine frühere Bestrafung in Anrechnung gebracht, welche das Resultat eines nach Ansicht des gegenwärtigen Richters nur unvollständigen Beweises gewesen (Anz. 1837, S. 48, 127, 154, O. A. G.; 1838, S. 351; 1842, S. 258). Daß frühere Entbindungen von der Instanz nicht ausreichen, um den Thatbestand des dritten Diebstahls herstellig zu machen, bedarf kaum der Bemerkung (Anz. 1838, S. 295; 1839, S. 51). Aber es ist auch vielfach ausgesprochen, daß Bestrafung wegen gravirender Umstände nicht in Anrechnung zu bringen seien (Anz. 1838, S. 295; 1842, S. 302), obwohl bei der zu normirenden Strafe „die bei mangelndem vollkommenen Beweise erkannten außerordentlichen Strafen in Betracht zu ziehen, und selbst die — Diebstahls halber von der Instanz geschehenen Entbindungen, als welche den üblen Ruf des Inculpaten vermehren, nicht außer Acht zu lassen sind" (Anz. 1839, S. 51; 1842, S. 258).

(Der Beschluß folgt.)

Entscheidungen.

Ueber den Sinn und die Bedeutung des bedingten Versprechens einer Maklerprovision für den Fall, daß der Makler einen Käufer zuführe und der Handel mit demselben zu Stande komme. — Normirung der Beweislast. — Nur die regelmäßig zur Klagebegründung genügenden thatsächlichen Voraussetzungen hat der Kläger zu erweisen.

In Sachen des Erbpachtsmüllers Grimm zu Muggesfelde, Klägers und Appellanten, wider den vormaligen Erbpächter Tamm in Krems, jetzt in Fissau, Fürstenthums Lübeck, Beklagten und Appellaten, betreffend eine Forderung von 320 ℛ R.-M. Maklerlohn, jetzt Appellation wider das Erkenntniß des Justitiariats des adeligen Guts Muggesfelde vom 9./23. März 1854,

ergeben die Acten:

Kläger und jetziger Appellant hat zur Begründung seiner wider den Appellaten bei dem Muggesfelder Justitiariat erhobenen Klage vortragen lassen:

Beklagter, welcher schon vor Jahren die Vermittelung des Klägers für den beabsichtigten Verkauf seiner in Krems belegenen Erbpachtsstelle in Anspruch genommen, habe, als Kläger in solcher Veranlassung zu Anfang Januar 1853 bei ihm wieder angefragt, ob er noch Willens sei, seine Landstelle zu verkaufen, sich dahin erklärt, daß solches noch seine Absicht sei, auch zugleich dem Kläger das von diesem acceptirte Versprechen ertheilt: daß, wenn Kläger ihm, dem Beklagten, einen Käufer zu seiner Stelle bringe und der Handel zu Stande komme, Kläger eine Maklerprovision von 200 ℛ von dem Beklagten haben solle. Als hierauf Kläger am 20. October s. M. dem Beklagten mitgetheilt, daß er nun einen Käufer gefunden, ihm auch zugleich als solchen einen gewissen Ivens aus Meinstorf genannt, habe Beklagter erklärt, er sei noch immer Willens, seine Stelle zu verkaufen, und Kläger möge daher nur mit jenem Kaufliebhaber zu ihm kommen, um den Handel zu versuchen. Dies sei am 24. s. M. geschehen. Der Handel sei indessen an diesem Tage nicht abgeschlossen, vielmehr sei abgemacht worden, daß Beklagter und der Käufer am 27. s. M. wieder zusammentreten wollten, um, wo möglich, den Handel zu Stande zu bringen, und an diesem Tage habe denn auch wirklich Beklagter sein Grundstück an jenen Ivens verkauft. Es seien demnach diejenigen Bedingungen eingetreten, von welchen Beklagter die Zahlung des Maklerlohns abhängig gemacht. Noch am 26. October, als Kläger mit dem Beklagten über den Handel mit Ivens gesprochen, habe Beklagter dem Kläger erklärt, daß er nach ihrer Uebereinkunft 200 ℛ bekomme, wenn der Handel mit Ivens zu Stande käme. Später habe aber Beklagter den Versuch gemacht, mit dem Kläger abzuhandeln, indem er in ihn gedrungen, mit 400 ℳ. sich zufrieden zu geben, worauf Kläger sich nicht habe einlassen wollen, und nun wolle sogar Beklagter sich seiner Verpflichtung gänzlich entziehen. Kläger bitte daher, den Beklagten zur Bezahlung der 200 ℛ Maklerlohn nebst 5 pCt. Verzugszinsen, vom Tage der Insinuation der Klage angerechnet, sowie zur Erstattung der Proceßkosten schuldig zu erkennen.

Beklagter hat sich **exeipiendo** folgendermaaßen auf die Klage eingelassen: Wahr sei es, daß der Kläger, dessen Vermittelung er vor Jahren bei Unterhandlungen mit einem gewissen Berg über den schon derzeit beabsichtigten Verkauf seiner Stelle angenommen, im Januar v. J. bei ihm angefragt habe, ob er sein Grundstück noch verkaufen wolle, und daß er diese Frage bejaht. Unwahr sei aber die Behauptung, daß er dem Kläger das von letzteren angeführte Versprechen ertheilt habe. Die Sache verhalte sich vielmehr so: als Beklagter die erwähnte Frage bejaht, habe Kläger gesagt, er wisse einen Käufer, einen gewissen Meier aus Gniesau; was er bekomme, wenn dieser Handel zu Stande komme? und darauf habe Beklagter erwidert, dann wolle er ihm 200 ℛ geben. Dieser Handel sei aber wiederum nicht zu Stande gekommen.

Im Herbste v. J. habe sich dann Moses Levy in Segeberg zur Vermittelung des Handels angeboten und den Beklagten gefragt, was derselbe ihm geben wolle, wenn er ihm einen Käufer schaffe. Nachdem dann Beklagter erklärt, er wolle ihm, wenn er einen Käufer schaffe und der Handel zu Stande käme, 200 ℛ geben, habe Levy entgegnet, er wisse einen Käufer, der heiße Ivens. Einige Tage später, nämlich am 20. October v. J., habe nun Kläger bei dem Beklagten wieder vorgefragt, ob er noch verkaufen wolle, und als er diese Frage bejaht, erwidert, er wisse einen Käufer und werde ihn herbringen, das sei ein gewisser Ivens von Meinstorf. Am 24. October sei darauf der Kläger in Begleitung des genannten Ivens aus Meinstorf erschienen und habe dem Beklagten den Mann mit den Worten vorgestellt: „das ist der Ivens, von dem ich Ihnen gesagt". Ohne Zuthun des Klägers seien dann die Kaufbedingungen besprochen, der Handel jedoch nicht abgeschlossen, sondern es sei abgemacht worden, daß der Beklagte und der Käufer am 27. October zusammenkommen wollten, um dann,

wo möglich, den Handel zu Stande zu bringen. Dies sei geschehen und das Grundstück an den genannten Ivens verkauft worden. Beklagter stelle nun die Behauptung, daß Kläger einen Kaufliebhaber zu der Stelle des Beklagten gefunden und solcher von dem Kläger angeblich gefundene Kaufliebhaber der mehrgedachte Ivens, an den die Stelle verkauft worden, gewesen sei, durchaus in Abrede. Kläger habe im rechten wahren Sinne des Worts einen Kaufliebhaber zu dieser Stelle nicht gefunden, dem Beklagten nicht gebracht, nicht zugeführt, vielmehr den von einem Andern schon gefundenen und dem Beklagten zugewiesenen Kaufliebhaber Ivens zu dem Beklagten hingeleitet und diesem vorgestellt. Selbst wenn aber auch Kläger den Käufer gefunden und dem Beklagten gebracht und zugeführt hätte, werde Kläger dafür 200 ℛ zu fordern nicht berechtigt sein, denn nur für einen andern bestimmten nicht eingetretenen Fall seien ihm 200 ℛ versprochen worden; unwahr sei es auch, wenn in der Klage behauptet worden, daß Beklagter dem Kläger am 20. October versprochen, daß er, Kläger, nach ihrer Uebereinkunft 200 ℛ Provision bekomme, wenn der Handel mit Ivens zu Stande käme. Beklagter bitte daher, den Kläger mit seiner Klage abzuweisen, ref. exp.

Nach stattgehabter Verhandlung hat das Justitiariat unterm 9./23. März v. J. erkannt:*)

Könnte und würde, unter Vorbehalt des Gegenbeweises und der Eide, binnen Ordnungsfrist Kläger erweisen, daß der Beklagte ihm für den Fall, daß er ihm einen Käufer zu seiner Stelle bringe und der Handel zu Stande komme, eine Vergütung von 200 ℛ v. Schlesw.-Holst. Cour. versprochen, sowie, daß er, Kläger, den Ivens

---

*) Das Erkenntniß des Justitiariats des adeligen Guts Muggesfelde lautet folgendermaaßen:

In Sachen des Müllers Grimm zu Muggesfelde, Klägers, gegen den Erbpächter E. Tamm in Krems, Beklagten, wegen schuldiger Maklerprovision von 200 ℛ vorm. Schlesw.-Holst. Cour. s. w. d. a.,

ist vom Kläger behauptet worden, der Beklagte habe für den Fall, daß er ihm einen Käufer zu seiner Stelle bringe und der Handel zu Stande komme, ihm eine Maklerprovision von 200 ℛ vorm. Schlesw.-Holst. Cour. versprochen. Nachdem Kläger einen Kaufliebhaber zu der Stelle des Beklagten gefunden, habe er dem letzteren dieses am 20. October v. J. mitgetheilt, und ihm als solchen einen gewissen Ivens aus Meinstorf genannt. In Begleitung dieses Ivens habe er sich am 24. s. M. zu dem Beklagten begeben und der Handel zwischen den beiden sei einige Tage nachher zu Stande gekommen.

Der Beklagte stellt das vom Kläger angeführte Versprechen in Abrede, giebt zu, daß der Kläger am 20. October v. J. ihm den Ivens als Kaufliebhaber genannt habe, auch am 24. s. M. in Begleitung desselben zu ihm gekommen sei, und daß er seine Stelle an diesen verkauft habe. Beklagter leugnet, daß Kläger einen Kaufliebhaber zu seiner Stelle gefunden, und daß solcher der gedachte Ivens sei. Schon einige Tage vor dem 20. October v. J. habe der Kaufmann Levy im Segeberg dem Beklagten den Ivens als Käufer zu seiner Stelle genannt und im wahren Sinne des Worts habe Kläger einen Kaufliebhaber zu der Stelle nicht gefunden, ihn dem Beklagten nicht gebracht, vielmehr den von einem andern schon gefundenen und dem Beklagten zugewiesenen Kaufliebhaber Ivens zu dem Beklagten nur hingeleitet und diesem vorgestellt.

Damit der von dem Kläger erhobene Anspruch als begründet erscheine, wird es, da das Zustandekommen des Handels über die Stelle des Beklagten mit Ivens eingeräumt ist, ferner noch als erwiesen vorliegen müssen,

daß Beklagter dem Kläger 200 ℛ vorm. Schlesw.-Holst. Cour. versprochen, wenn er ihm einen Käufer zu seiner Stelle bringe und der Handel mit diesem zu Stande komme,

und

daß Kläger den Ivens aus Meinstorf dem Beklagten als Käufer zu seiner Stelle gebracht habe.

Da der erste Theil dieses Klagfundaments geleugnet ist, so wird er von dem Kläger zu beweisen sein.

Was den zweiten Theil betrifft, so fragt es sich, welche Handlungen erforderlich sind, um die Bedingung, daß Kläger den Ivens dem Beklagten als Käufer zu seiner Stelle bringe, zu erfüllen. Einen Käufer zu einer Landstelle bringen, wird nun aber nichts Anderes heißen können, als einen Kaufliebhaber auf eine zu verkaufende Landstelle aufmerksam machen und ihn bewegen, zu dem Besitzer derselben sich zu begeben, mit der Absicht, eventuell einen Handel über die Stelle zu versuchen. Unwesentlich ist es dabei, ob der Betreffende den Kaufliebhaber persönlich zu dem Verkäufer leitet, sowie es eben so wenig darauf ankommt, ob etwa der Stellbesitzer, ehe der Kaufliebhaber kommt, schon durch einen andern davon unterrichtet ist, daß dieser die Absicht zu kaufen hat. Hauptsache ist es dagegen, daß er derjenige ist, durch den der Kaufliebhaber bewogen wird, seine Aufmerksamkeit auf die Stelle zu richten.

Im vorliegenden Falle ist nun von dem Kläger behauptet worden, daß er den Ivens als Kaufliebhaber zu der Stelle des Beklagten gefunden und letzterem als solchen gebracht habe, und wenngleich der Beklagte eingeräumt, daß Kläger mit dem Ivens zu ihm gekommen sei, als dieser den Handel versucht habe, so liegt darin, dem Obigen zufolge, nicht eine Anerkennung der Behauptung des Klägers, vielmehr ist dieselbe von diesem, da der Beklagte sie leugnet, zu erweisen, wobei in Betracht, daß bei Feststellung des Beweissatzes das Gericht nicht an die Worte der Parteien gebunden ist, darauf Rücksicht zu nehmen, daß das Beweisthema dem oben näher entwickelten Sinne der klägerischen Behauptung entspricht,

mit Beziehung hierauf wird erkannt:

Könnte und würde ec.

aus Meinstorf auf die Stelle des Beklagten als eine zu verkaufende aufmerksam gemacht und veranlaßt habe, zu dem Letzteren sich zu begeben, um den Handel über die Stelle zu versuchen; so würde auf solche geführte oder nicht geführte Beweise und Gegenbeweise in der Hauptsache und der Kosten halber weiter ergehen, was Rechtens.

Gegen dies Erkenntniß hat Kläger das Rechtsmittel der Appellation interponirt, dasselbe rite prosequirt und seine Beschwerden darin gesetzt:

1) daß, wie geschehen, und nicht vielmehr dahin erkannt worden, daß Kläger alternative zu beweisen,
   entweder, daß Beklagter dem Kläger zu Anfang des Jahres 1853 eine Maklerprovision von 200 ℛ v. Cour., jetzt 320 ℛ R.-M., versprochen, wenn er ihm einen Käufer zu seiner Stelle bringe und der Handel mit diesem zu Stande komme,
   oder, daß Beklagter, nachdem die Verhandlungen mit dem Käufer Ivens bereits angeknüpft waren, dem Kläger versprochen, ihm die Summe von 200 ℛ v. Cour., jetzt 320 ℛ R.-M., zu zahlen, wenn der Handel mit Ivens zu Stande komme;
2) event., daß nicht auf den einen oder den andern der unter grav. 1 erwähnten alternativen Beweise erkannt worden;
3) event., daß nicht dahin erkannt worden, daß Kläger zu beweisen: daß der Beklagte ihm für den Fall, daß er ihm einen Käufer zu seiner Stelle bringe und der Handel zu Stande komme, eine Vergütung von 200 ℛ v. Cour., jetzt 320 ℛ R.-M., versprochen, sowie, daß er, Kläger, den Ivens aus Meinstorf auf die Stelle des Beklagten als eine zu verkaufende aufmerksam gemacht;
4) in omnem eventum, daß nicht dahin erkannt worden, daß Kläger zu beweisen: daß der Beklagte ihm für den Fall, daß er ihm einen Käufer zu seiner Stelle bringe und der Handel zu Stande komme, eine Vergütung von 200 ℛ v. Cour., jetzt 320 ℛ R.-M., versprochen, sowie, daß er, Kläger, den Ivens aus Meinstorf auf die Stelle des Beklagten als eine zu verkaufende aufmerksam gemacht und jenen Ivens aufgefordert habe, zu dem Beklagten sich zu begeben, um den Handel über die Stelle zu versuchen.

Es steht demnach zur Frage: ob die erhobenen Beschwerden begründet sind?

In Erwägung nun, daß die nach Angabe des Klägers mit dem Beklagten getroffene Vereinbarung des Inhalts: „daß, wenn Kläger dem Beklagten einen Käufer zu seiner Stelle bringe und der Handel zu Stande komme, Kläger eine Maklerprovision von 200 ℛ von dem Beklagten haben solle", der richterlichen Interpretation unterliegt und nach der Natur des Geschäfts und der daraus zu entnehmenden Absicht der Contrahenten allerdings nicht in dem Sinne aufgefaßt werden kann, als wenn es lediglich darauf ankomme, daß der nachherige Käufer der Stelle vom Kläger zum Beklagten hingeleitet worden ist, es vielmehr als die Aufgabe des Maklers hat betrachtet werden müssen, durch seine Vermittelung dem Beklagten einen Kaufliebhaber zu verschaffen, mit dem der Handel demnächst auch zu Stande käme, daß aber aus den vom Beklagten eingeräumten Umständen erhellet, daß Kläger im vorliegenden Fall die ihm gestellte Bedingung erfüllt hat und es daher einer Beweisauflage in dieser Beziehung nicht bedarf;

in Erwägung nämlich, daß es der klagenden Partei stets nur obliegt, die regelmäßig zur Klagbegründung genügenden thatsächlichen Voraussetzungen nachzuweisen und es nicht ihre Aufgabe ist, zugleich auch das Nichtvorhandensein von Umständen darzuthun, die ausnahmsweise der Entstehung des klagend verfolgten Anspruchs möchten hindernd entgegengetreten sein; und

in weiterer Erwägung, daß die von dem Beklagten eingeräumten Thatsachen, wornach Kläger ihm den nachherigen Käufer der Stelle als Kaufliebhaber genannt, mit demselben auch demnächst zu ihm gekommen und selbiger ihm als den genannten Käufer vorgestellt hat, zu der Schlußfolgerung berechtigen, daß durch Vermittelung des Klägers ihm dieser Käufer zugeführt worden. Beklagter sich auch um so weniger mit Grund darauf berufen kann, daß ihm schon vorher von einem andern Makler derselbe Käufer genannt worden, da er, falls er mit Rücksicht hierauf die Vermittelung des Klägers zum Abschluß des Handels mit diesem Käufer nicht hätte in Anspruch nehmen und für die Zuführung desselben dem Kläger die versprochene Provision nicht hätte zukommen lassen wollen, sich nothwendig in diesem Sinne gegen den Kläger hätte aussprechen müssen, als dieser am 20. October zu ihm kam, ihn fragte, ob er noch Willens sei, die Stelle zu verkaufen, und als er diese Frage bejahte, ihm den nachherigen Käufer mit dem Bemerken nannte, daß er denselben herbringen werde;

in Erwägung ferner, daß dem Kläger neben dem abgeleugneten, ihm zum Beweise verstellten Versprechen des Beklagten zugleich auch alternativ der Beweis seiner weiteren Behauptung, daß Beklagter ihm auch noch am 26. October erklärt habe, daß er nach ihrer

Uebereinkunft 200 ℛ℘ bekomme, wenn der Handel mit Ivens zu Stande käme, freigelassen werden muß, indem auch durch den Beweis dieser Behauptung die über die Maklerprovision angeblich getroffene Vereinbarung hinlänglich dargethan wird; und

in Erwägung endlich, daß sich solchemnach die erste Beschwerde im Wesentlichen als begründet darstellt;

wird, nach auf eingelegte Recesse und Unterinstanzacten stattgehabter mündlicher Verhandlung von Landgerichtswegen für Recht erkannt:

daß die **sententia a qua** unter Compensation der Kosten dieser Instanz dahin abzuändern:

Könnte und würde Kläger innerhalb Ordnungsfrist, Eide und Gegenbeweis vorbehältlich, darthun und erweisen:

entweder: daß Beklagter dem Kläger zu Anfang des Jahres 1853 eine Maklerprovision von 200 ℛ℘ v. Cour., jetzt 320 ℛ℘ R.-M., versprochen, wenn er ihm einen Käufer zu seiner Stelle bringe und der Handel zu Stande kommr;

oder: daß Beklagter, nachdem die Verhandlungen mit dem Käufer Ivens bereits eingeleitet worden, ihm (dem Kläger) erklärt habe, daß er nach ihrer Uebereinkunft 200 ℛ℘ v. Cour., jetzt 320 ℛ℘ R.-M., bekomme, wenn der Handel mit Ivens zu Stande komme,

so werde nach solchem geführten oder nicht geführten Beweise sowohl in der Hauptsache, als der Kosten wegen, weiter ergehen, was Rechtens.

Wie denn solchergestalt hierdurch erkannt wird

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. **Publicatum** im Königl. Holsteinischen Landgericht zu Glückstadt, den 6. Juli 1855.

Ein constitutum debiti proprii ist ohne Wirkung, wo die Entstehung einer Obligation durch ein positives Gesetz von zwingender Natur untersagt war. — Voraussetzungen der mora.

In Sachen des Obergerichtsadvocaten Huwald in Uetersen, in Vollmacht für Diederich Timm und Michael Lienau in Uetersen, als Vormünder der Jacobine Rebecca Margarethe Behn, ferner für Matthias Tantau und Hinrich Gerf daselbst, als Vormünder für Auguste Knoop daselbst, als Erben der weil. Eheleute Johann und Rebecca Behn daselbst, Imploranten, wider den **Dr.** der Medicin und Chirurgie Chr. Ferd. Müller in Rellingen, wegen liquider Schuld von 16 ℛ℘ R.-M.,

haben die Vormünder der unmündigen Kinder des verstorbenen Müllers Joh. Behn in Uetersen unter Producirung einer dahin lautenden Schuldverschreibung:

Daß ich von dem Herrn J. Behn am heutigen Tage 10 ℛ℘, schreibe zehn Reichsthaler, baar angeliehen erhalten habe unter der Verpflichtung, besagte Summe nach Ablauf von 2 Jahren zurückzubezahlen, bescheinige ich hiedurch.

Uetersen, den 20. Octbr. 1839.

C. F. Müller.

wider den **Dr. med. et chir.** Chr. Ferd. Müller in Uetersen mit dem Bemerken, daß derselbe weder das diesem Schuldscheine nach geliehene Capital noch Zinsen desselben bezahlt habe, die gedachte Summe von 16 ℛ℘ R.-M. nebst 5 pCt. jährlicher Zinsen, vom 20. Octbr. 1841 angerechnet, im Wege des unbedingten Mandatsprocesses eingeklagt und ist das ihrem Antrage entsprechende Mandat unterm 6. August abgegeben worden.

Implorat hat diesem Mandate gegenüber eine Gegenforderung von 12 ℛ℘ R.-M. geltend gemacht und zur Fundirung seines desfälligen Anspruchs angeführt, daß er, wenn auch vor Absolvirung seiner medicinischen Studien, so doch nach seiner im Jahre 1840 erfolgten Aufnahme als Clinicist, während eines Besuchs um Ostern 1841 den verstorbenen Müller Behn und dessen Sohn, welche beide an einer schlecht behandelten, hartnäckigen Krätze gelitten, ärztlich behandelt, ihnen 16 bis 17 Besuche gemacht, 6 bis 7 Recepte verschrieben, sowie 2 ℛ℘ 64 ß für Medicamente ausgelegt habe und ihm mithin, da er die Besuche zu 8 ℛ℘ R.-M., die Recepte zu 1 ℛ℘ 32 ß werde ansetzen dürfen, unter Hinzurechnung seiner gehabten baaren Auslagen, wider die Imploranten eine Gegenrechnung von 12 ℛ℘ R.-M. zustehe. In Betreff der verlangten Verzugszinsen ferner hat Implorat bemerkt, daß, welche Bedeutung auch immerhin der Rechtsregel: „**dies interpellat pro homine**" beigelegt werden möge, dennoch in der Bestimmung der Zurückzahlung der Schuld nach Ablauf von 2 Jahren eine solche Fixirung des **dies** nicht zu finden sein dürfte, daß der Creditor präcis und unfehlbar am letzten Tage jener 2 Jahre Zahlung erwartet und auf sie Rechnung gemacht habe.

Event. ist die Verbindlichkeit des Imploraten zur Zahlung von Verzugszinsen mit dem Anführen in Abrede gestellt, daß er sich bereits im Jahre 1842, um sein Schuldverhältniß mit dem Müller Behn zu ordnen, an denselben gewandt, Behn ihm aber erklärt

habe, daß es damit nicht eile, übrigens er ja auch für die erwähnte Kur und für eine mehrfache spätere Consultation der Schuldner des Imploraten sei.

Zur Begründung der Einrede:

1) daß, weil Müller Behn die vom Imploraten begehrte Ordnung des Schuldenverhältnisses mit der Erklärung abgelehnt, daß die Sache nicht eile und Implorat ja auch von ihm für die mehrberegte Kur und sonst zu fordern habe, und

2) daß der Implorat um die angegebene Zeit dem Müller Behn und seinem Sohne Jacob Behn bei simultaner Behandlung zusammen 16 bis 18 Besuche gemacht, 6 bis 7 Recepte verschrieben und die ihnen verordneten Medicamente mit 2 ℳ 64 ß bestritten habe,

hat der Implorat von der Zuschiebung des Credulitätseides an die implorantischen Vormünder Gebrauch gemacht und gebeten, daß den Imploranten auferlegt werde, sich über diese Eide zu erklären.

Imploranten haben **replicando** die Rechtsbeständigkeit der geltend gemachten Gegenforderung aus dem Grunde bestritten, weil Implorat zu der Zeit, als er behauptetermaaßen dem Müller Behn und dessen Sohne ärztlichen Beistand geleistet, zur ärztlichen Praxis nicht befugt gewesen sei. Auch haben Imploranten die gegnerische Behauptung in Betreff der Erklärung des Müllers Behn über das an denselben wegen Regulirung des Schuldverhältnisses gerichtete Ersuchen als eine zu dunkle und generelle darzustellen gesucht, um aus derselben eine Anerkennung der vermeintlichen Gegenforderung und Bewilligung einer Vertagung der Schuld herzuleiten. **Event.** haben sie dem Imploraten den ihnen deferirten Eid referirt und schließlich um Abgebung eines **mandatum arctius** unter Verurtheilung des Imploraten zur Kostenerstattung gebeten.

Nachdem **duplicando** nichts Neues vorgebracht worden, steht nunmehr zur Frage: ob die vom Imploraten gegen das Mandat vorgeschützten Einreden für fundirt zu erachten sind?

In Erwägung nun, daß nach dem Patente wegen Einrichtung eines Sanitätscollegii vom 25. Mai 1804 § 9 und nach der Instruction für das Sanitätscollegium vom 8. Juni 1804 § 34 die Ausübung der medicinischen Praxis von Seiten aller hierzu nicht autorisirten Personen untersagt, Implorat aber zu der Zeit, als er dem Müller Behn und dem Sohne desselben den ärztlichen Beistand geleistet hat, wegen dessen er die von ihm geltend gemachte Gegenforderung beansprucht, zur ärztlichen Praxis nicht befugt gewesen ist;

in Erwägung, daß daher, selbst wenn der verstorbene Müller Behn die Forderung des Imploraten anerkannt haben sollte, die desfällige Anerkennung dennoch als eine klagbare **causa debendi** nicht würde angesehen werden können, weil die Gültigkeit eines **constituti** durch das Vorhandensein einer wirklichen Obligation bedingt ist, eine solche sich aber in denjenigen Fällen nicht statuiren läßt, in welchen die Entstehung einer Obligation durch positive Gesetze von zwingender Natur untersagt ist;

in Erwägung, daß dagegen, was die **mora** des Imploraten und die daraus abgeleitete Verbindlichkeit desselben zur Zahlung von Verzugszinsen, vom 20sten Octbr. 1841 angerechnet, anlangt, eine **mora** des Imploraten in dem behaupteten Umfange nicht vorliegt, wenn der Müller Behn auf das gegen denselben im Jahre 1842 ausgesprochene Verlangen der Regulirung seines Schuldverhältnisses erklärt hat, „daß es damit keine Eile habe", indem in Folge dieser nach Ablauf des im Schuldschein festgestellten Fälligkeitstermins ihm ertheilten Zusage des Creditors Implorat sich als berechtigt hat ansehen müssen, die Berichtigung der Schuld hinstehen zu lassen, bis er zur Zahlung derselben aufgefordert werde, und das Motiv, welches den gedachten Creditor zu der gedachten Erklärung veranlaßt haben mag, in Beziehung auf die aus derselben resultirende rechtliche Wirkung der einstweiligen Vertagung der Schuld überall nicht in Betracht kommt;

in Erwägung, daß Implorat seine Behauptung, daß der weil. Müller Behn sich gegen ihn in der angegebenen Weise erklärt habe, durch Eidesdelation zu liquidiren übernommen hat, der hierüber deferirte Eid ihm aber referirt worden,

wird auf die vorrubricirte, **sub præs.** den 16. Novbr. hieselbst eingereichte Duplik von Obergerichtswegen hiemittelst zum Bescheide ertheilt:

> daß zur Ableistung des dem Imploraten referirten, dahin zu clausulirenden Eides, daß der weil. Müller Johann Behn die vom Imploraten im Jahre 1842 begehrte Ordnung seines Schuldverhältnisses mit der Erklärung abgelehnt, daß die Sache nicht eile, auf den desfälligen Antrag des Imploraten von dem hiezu zu committirenden Königl. Pinneberger Landgerichte Termin anzusetzen sei.

Urkundlich 2c. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 19. December 1855.

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen ***Henrici*** *und* ***Lucht.***

Gedruckt bei ***Augustin*** *in Glückstadt.*

16. Stück. Den 21. April 1856.

Thatbestand des qualificirten Diebstahls.

Nach den von der inländischen Praxis befolgten Grundsätzen.

(Beschluß.)

Bei Beurtheilung der früher abgeurtheilten Verbrechen ist der Richter aber nicht auf die Prüfung der damals erwachsenen Acten beschränkt, vielmehr ist er, in Folge des criminalrechtlichen Fundamentalsatzes, daß es sich hier um materielle, nicht bloß formelle Wahrheit handle, befugt, jene Acten, wenn sich ihm neue relevante Umstände anderweitig als gewiß herausgestellt haben, gleichsam zu ergänzen und zu vervollständigen. In dem, Anz. 1837, S. 239, erwähnten Criminalfall war die Inculpatin bereits früher mit Gefängnißstrafe wegen Diebstahls belegt worden; dieser Bestrafung ungeachtet glaubte das Holsteinische Obercriminalgericht den nun verübten Diebstahl nicht als Rückfall bezeichnen zu können, weil die Inculpatin früher die diebische Absicht durchaus in Abrede gestellt hatte, obwohl sie sie bei der jetzigen Untersuchung eingestand. Das Oberappellationsgericht verurtheilte sie aber wegen zweiten Diebstahls, „theils weil die damals gehegte diebische Absicht aus den ermittelten Umständen zur Genüge sich ergeben, theils dieselbe in der gegenwärtigen Untersuchung von der Inculpatin nicht geleugnet worden“. Ein gleichsam umgekehrter Fall wird in den Anz. 1852, S. 132 mitgetheilt. Die früher bereits wegen zweiten Diebstahls bestrafte Inculpatin hatte in der dermaligen Untersuchung eingestanden. Als sie später abermals wegen Diebstahls in Untersuchung gerieth, nahm sie jenes frühere Geständniß zurück, welche Zurücknahme durch angeführte Gründe, sowie auch durch die Aussage mehrerer darüber vernommener Zeugen in einem Grade glaubwürdig erschien, daß es als ungewiß angesehen werden mußte, ob die Inculpatin jenen früheren (zweiten) Diebstahl begangen hätte. Das Oberappellationsgericht äußerte, daß das Vorhandensein einer **nothwendigen** Voraussetzung der Erkennung der Strafe des dritten Diebstahls hier als zweifelhaft erscheine, und ward Inculpatin demnach jetzt erst wegen zweiten Diebstahls verurtheilt. Es ist hier der schon früher erwähnte Grundsatz richtig befolgt (vgl. Anz. 1837, S. 104, Note).

Es muß die Strafe der früheren Gesetzübertretung, wenn sie für den Rückfall in Anrechnung gebracht werden soll, vollaus abgehalten sein, weshalb in dem, Anz. 1838, S. 351, mitgetheilten Falle die frühere Bestrafung nicht in Anrechnung gebracht ward, da von der erkannten vierzigtägigen Gefängnißstrafe der Inculpat nur 13 Tage im Gefängniß abgehalten, die übrige Strafzeit aber durch Zwangsarbeit auf dem Hofe abgebüßt und während derselben die Kost des Gesindes genossen hatte. Auch Anz. 1837, S. 48, wird darauf hingewiesen, es liege nicht vor, daß Inculpat die frühere Strafe wirklich abgehalten habe, vielmehr es scheine, als ob ihm ein Theil der Strafe erlassen. Demnach müßte scheinbar ein Gleiches gelten für alle Bestrafungen, deren Maaß im Gnadenwege herabgesetzt worden. Hiergegen lassen sich aber wohlbegründete Bedenken erheben.

Um überall einen Rückfall annehmen zu können, ist erforderlich, daß der Inculpat wegen desselben Verbrechens bereits Strafe erlitten habe; weshalb auch z. B. die wegen Ehebruchs erkannten Strafen für die Bestrafung des nachfolgenden Stuprum „herkömmlich nicht in Anrechnung“ gebracht werden (Anz. 1843, S. 176). Ein Gleiches gilt hinsichtlich des Rückfalls beim Diebstahl um so mehr, als hier selbst nicht einmal die verschiedenen Arten desselben unter einänder in Anrechnung kommen. Hierzu einige Beispiele. Der Betrug ist nicht Diebstahl, und eine desfällige frühere Bestrafung kommt daher beim Diebstahl nicht in Betracht; umgekehrt die frühere Diebstahlsstrafe auch nicht beim Betruge. Dort wie hier liegt kein Rückfall vor (Anz. 1849, S. 269). Dasselbe gilt von Unterschlagung, welche nicht Diebstahl ist, sondern nur als

ein dem Diebstahl ähnliches Vergehen angesehen wird (Anz. 1840, S. 51). Auch der Funddiebstahl kommt nicht für den Rückfall in Anrechnung, „da der Thatbestand desselben sich von dem des gemeinrechtlichen Diebstahls unterscheidet" (Anz. 1837, S. 127). Weiter in dem, Anz. 1837, S. 48, mitgetheilten Criminalfalle ward die frühere geschehene Aneignung „der angeblich nur zu temporairem Gebrauche mitgenommenen Schuhe, da diese als ein Diebstahl im Sinne des gemeinen Rechts nicht betrachtet werden könne", nicht für den Rückfall in Anrechnung gebracht. Auch die gesetzlich ausgezeichneten, sogenannten privilegirten Diebstähle sind weder nach vorangegangener Bestrafung wegen gemeinen Diebstahls als Rückfall zu betrachten, noch kommen sie für denselben in Betracht; so nicht der sogenannte Familiendiebstahl (Anz. 1854, S. 325), „weil der Art. 165 der peinlichen Halsgerichtsordnung in Betreff der Bestrafung des Familiendiebstahls auf die Bestimmungen des gemeinen Rechts verweis't, gemeinrechtlich aber die **actio furti** nicht gegen Blutsverwandte, welche die nächsten Erben des Bestohlenen sind, angewandt werden kann und weil in Uebereinstimmung damit nach der hiesigen Praxis der Familiendiebstahl nicht als ein gemeiner rechtlich angesehen wird" u. s. w. (vgl. auch die Abhandlung in den Anz. 1838, S. 144 und den Criminalfall Anz. 1840, S. 321), womit aber der sogenannte Hausdiebstahl, der allerdings als ein Diebstahl im Sinne des gemeinen Rechts zu betrachten und daher zwar nicht strenger, aber auch nicht gelinder zu bestrafen ist, nicht verwechselt werden darf (Anz. 1837, S. 184; 1838, 168; 1839, S. 55; 1852, S. 96). Zu den privilegirten Diebstählen gehört ferner nach Art. 167 der peinlichen Halsgerichtsordnung, wenn bei Tage eßbare Früchte aus Garten und Feld in diebischer Weise genommen werden, ohne daß dadurch jedoch großer Schaden entstanden (Anz. 1838, S. 120). Da aber das „essentsfrucht" von solchen Früchten zu verstehen ist, die von Menschen, unmittelbar, ohne weitere Zubereitung, genossen werden können, so fällt das Getraide auf dem Felde nicht unter diesen Begriff und „ist auch der Diebstahl von Früchten vom Felde in Holstein stets für den Rückfall in Anrechnung gebracht worden" (Anz. 1838, S. 120), welcher Ansicht auch das vormalige Schleswigsche Obergericht war, wenn auch in dem, Anz. 1837, S. 287, erwähnten Fall die Entwendung einiger Hafergarben vom Felde behufs Fütterung fremder Pferde aus andern Gründen nicht in Betracht kommen konnte. Endlich ist hierher auch das in diebischer Weise in fremder Waldung vorgenommene Holzhauen zu rechnen. Ein solcher Diebstahl soll nach Art. 168 der peinlichen Halsgerichtsordnung „nach gewonheyt jedes landes oder orts" bestraft werden, was stets nur von gelinderer Bestrafung verstanden ist. Auch bei uns wird solches Holzfällen, ob in Privat- oder herrschaftlichen Hölzungen vollführt, ist gleich, „das Hauen und Schneiden von Faßbändern und Bandschächten aus den Befriedigungen und Bondengehegen (in Uebereinstimmung mit Art. 168) nicht als eigentlicher Diebstahl, sondern nur als Holzfrevel angesehen (Anz. 1842, S. 302; vgl. Anz. 1837, S. 128, 362; 1838, S. 120, und 1845, S. 261; wiederholter Holzfrevel). Ob auch das **crimen expilatae hereditatis** hierher zu zählen, ist streitig. Nach Römischem Recht ward bekanntlich die Aneignung von Erbschaftssachen überall nicht strafbar gefunden, oder doch nur als **crimen extraordinarium** bestraft. Gewiß ist, daß diese Bestimmungen mit den den Römern ganz eigenen Ansichten über das **furtum** zusammenhängt; da diese Ansichten gemeinrechtlich nicht beibehalten sind, so ist von Vielen die heutige Strafbarkeit dieser Art Diebstähle behauptet, und mit Recht (vgl. die Noten zu § 349 des Feuerbach'schen Lehrbuchs und Anz. 1837, S. 237 und die Note daselbst). Am letztgedachten Orte wird indeß doch eine Unterscheidung gemacht, indem die Aneignung von Erbschaftssachen, welche sich nicht in dem Gewahrsam Jemandes befinden, nicht als eigentlicher Diebstahl, sondern nur als diebische Aneignung zu betrachten sei, da der Begriff des Diebstahls voraussetze, daß die gestohlene Sache sich in der Detention eines Andern befunden habe, und wurden im citirten Falle die Inculpaten auch nur wegen diebischer Aneignung bestraft. Demgemäß wäre eine solche Aneignung auch nicht beim Rückfall in Berechnung zu bringen. Jene Unterscheidung ist richtig, da dasselbe Verhältniß wie beim Funddiebstahl obwaltet. Selbstverständlich hört der Begriff der diebischen Aneignung auf, sobald ein Dritter, einerlei, ob dazu berechtigt, oder nicht, Erbschaftssachen in seine Detention nahm, wie sich dies namentlich für den Fall ergiebt, nachdem die Obrigkeit zur Sicherung der Masse amtliche Schritte gethan hat.

Eine wichtige Frage ist, ob früher im Auslande begangene und bestrafte Diebstähle für den Rückfall in Betracht zu ziehen sind? So wird die Frage meistens gestellt und dann bejaht. (Vgl. Abegg, im Archiv des Criminalrechts, N. F., I., S. 422 und Mittermaier zu Feuerbach's Lehrbuch, § 132 N. a und § 332 Note II.)*) Allein die Frage ist anders und präciser zu stellen und streift dann theilweise an schon früher Gesagtes heran, worauf Mittermaier a. a. O. § 132 a **in fine** gewissermaaßen hingedeutet hat, wenn er verlangt, daß der Richter das Recht haben müsse, das frühere Urtheil so weit zu prüfen, als darauf ankomme, zu beurtheilen, ob auf die neue Uebertretung die Rückfallsstrafe anzuwenden sei. Von Rückfall aber kann ja eben nur geredet werden, wenn dasselbe Verbrechen **in genere**, wie **in specie** wieder be-

*) Die Holsteinische Praxis bringt die im Auslande erlittenen Strafen nie zum Thatbestand des Rückfalles in Anrechnung. A. d. R.

gangen ist. Nun haben die Strafgesetze verschiedener Länder oft einen gleichlautenden Namen für Verbrechen, deren Thatbestand doch verschieden ist. Dies gilt ganz besonders hinsichtlich des Verbrechens des Diebstahls. Der Richter hat also zu beurtheilen, ob der früher bestrafte Diebstahl nach den für ihn bei Aburtheilung des neubegangenen Diebstahls in Betracht kommenden Strafgesetzen gleichfalls als Diebstahl zu erachten gewesen wäre, und nur wenn dies der Fall, kann von Rückfall geredet werden, muß es aber auch. So den Satz gestellt bilden nun nicht mehr Ausland und Inland allein einen Gegensatz, sondern die verschiedenen Theile eines Landes, sofern sie verschiedene Strafgesetze haben, gleichfalls; und deshalb spricht Feuerbach § 332 ganz richtig von Gerichtssprengeln, die in Betracht kämen. Demnach ist es für den jetzt urtheilenden Richter vollkommen gleich, ob der frühere Diebstahl in einem andern Theile desselben Landes, oder im Auslande geschehen, sofern ihm nur im Uebrigen Gelegenheit gegeben wird, das Hauptsächlichste bei der ganzen Frage, ob dasselbe Verbrechen vorliege, zu prüfen. Dieser Punkt ist bei unsern Gerichten mehrfach zur Sprache gekommen. Früher neigte man sich offenbar der Ansicht zu, daß der nach Dänischem Strafrecht und Strafprocesse bestrafte Diebstahl hier in Anrechnung zu bringen sei; dann gewann eine Zeit lang die entgegengesetzte Ansicht die Oberhand; beide Male ohne Unterscheidung (vgl. Anz. 1837, S. 48, wo nach Militairrecht früher gestraft worden; ebenso Anz. 1838, S. 168; 1837, S. 104, 124). Auch waren das Obercriminalgericht und das Oberappellationsgericht nicht immer derselben Meinung; in dem, Anz. 1837, S. 137, mitgetheilten Falle wollte jenes die früher nach Militairrecht gefällten Bestrafungen nicht anrechnen, während das Oberappellationsgericht dies that. Der richtige Gesichtspunkt bei der Frage ward in den Anz. 1837, S. 127 Note angedeutet, daß nämlich „Tyveri" nach Dänischem und „Diebstahl" nach Deutschem Gesetze sowohl hinsichtlich des Thatbestandes, als des Beweises nicht gleichbedeutend seien. Dem Schwanken machte nun das Rescript vom 21. Aug. 1838, betreffend eine nähere Bestrafung des dritten Diebstahls, in gewisser Weise ein Ende, indem es bestimmte, daß es für gleichbedeutend zu halten sei, ob der Inculpat von einem Criminalgericht der Herzogthümer oder des Königreichs oder auch von einem Militairgerichte zum ersten und zweiten Male wegen solcher Verbrechen verurtheilt worden, welche nach den für die Herzogthümer geltenden Rechten als Diebstähle zu betrachten seien. Bald nach Erlassung dieses Rescripts kam ein Criminalfall zur Aburtheilung des Obercriminalgerichts, in welchem der Inculpat nicht allein früher im Herzogthum Holstein, sondern auch im Königreich Dänemark wegen Diebstahls bestraft worden war. Aus den Acten der letztgedachten Untersuchung ergab sich nun freilich, daß das urtheilende Kopenhagener Hof- und Stadtgericht §. 3. die frühere Bestrafung im Herzogthum Holstein nicht für den Rückfall in Anrechnung gebracht, weil, wie es in den desfälligen Entscheidungsgründen hieß, das betreffende Urtheil nicht nach den für das Königreich geltenden Gesetzen gesprochen gewesen; und die Note in den Anz. a. a. O. hat Recht, wenn sie sagt, daß hier keine Reciprocität zwischen dem Königreich und dem Herzogthum obwalte. Allein dies war doch auch nicht die Hauptsache, sondern darauf kam es an, daß für das Herzogthum Holstein der richtige Grundsatz aufgestellt würde, und dies war durch das erwähnte Rescript insofern geschehen, als nach demselben der Thatbestand des Diebstahls, wie er in den für Holstein geltenden Gesetzen normirt ist, in den auch in Dänemark (und allgemeiner, überhaupt in fremden Rechtsgebieten) abgeurtheilten Straffällen (vgl. z. B. Anz. 1839; S. 289) sich wieder finden muß, weshalb die schon erwähnte (Anz. 1837, S. 287), in Jütland bestrafte Entwendung von Hafergarben vom Felde behufs Fütterung fremder Pferde hier nicht als Diebstahl hätte betrachtet werden können. Nach einer andern Seite hin ist das Rescript aber durchaus unbestimmt: ein Verbrechen könnte in den verschiedenen Rechtsgebieten zwar denselben Thatbestand haben; aber für die Erbringung des Beweises könnten verschiedene Regeln gelten. Bezieht sich auch hierauf das Rescript? Ich meine, daß, wenn es auch nicht hieran gedacht haben sollte, die Gleichheit des Grundes sicher die Ausdehnung des Rescripts dahin erfordert, daß der nach Dänischen und militairischen Proceßgesetzen als erwiesen angenommene Thatbestand des Diebstahls doch nicht die Erkennung einer Rückfallstrafe rechtfertige, wenn nicht auch nach den für Holstein geltenden Gesetzen derselbe für erwiesen zu erachten gewesen wäre. Ob übrigens in den verschiedenen Rechtsgebieten verschiedene Strafen festgesetzt seien, oder nicht, für den Diebstahl, macht keinen Unterschied (vgl. indeß Anz. 1844, S. 153).

Aber die Strafe muß eine criminelle, und nicht eine polizeilich correctionelle gewesen sein (Anz. 1838, S. 351 und 1840, S. 386), um für den Rückfall in Betracht kommen zu können. Der Begriff der correctionellen Strafe ist bei uns nicht gesetzlich bestimmt, meistens wird darunter Ruthenzüchtigung für jugendliche Inculpaten verstanden; auch die Anrechnung des Arrestes während der Untersuchung als Strafe ward Anz. 1840, S. 380 correctionell bezeichnet; ebenso Anz. 1844, S. 257, zwölftägiges Gefängniß. Daß auf diese Bezeichnung die Geringfügigkeit der Entwendung von Einfluß gewesen, läßt sich nicht verkennen. Die Gesetzgebung würde daher wohlthun, die kleinen Diebereien bis zu einem gewissen Werthe überall nur unter correctionelle Strafe, sei es der Ruthenzüchtigung oder der gelinden und kurzen Gefängnißhaft, zu stellen, wodurch zugleich die Härte des Patentes von 1843 für den dritten Diebstahl auf indirectem

Wege gemildert werden würde. — Die Strafe des Rückfalles, die regelmäßig eine verhältnißmäßige Steigerung der sonst zu erkennenden Strafe sein muß (Anz. 1842, S. 215), ist jedoch keineswegs stets höher, als die früher erlittene, zu normiren, vielmehr ist „jedesmal bei Abmessung des Strafübels das vorliegende Verbrechen nach seiner individuellen Strafbarkeit zu erwägen und dabei der stattfindende Rückfall lediglich als gravirender Umstand zu berücksichtigen" (Anz. 1845, S. 261). Für die Fälle des zweiten Diebstahls wird in der Regel Zuchthausstrafe zu erkennen sein; allein Ausnahmen werden nicht selten vorkommen (Anz. 1837, S. 23, 259). Beim dritten Diebstahl, als qualificirten, wird auch dem Umstande, ob der Diebstahl groß oder klein war, Einfluß eingeräumt bei der Strafnormirung (Anz. 1839, S. 177 Note **), überdies werden, wie bereits erwähnt, frühere Bestrafungen, wenn sie auch den Thatbestand des dritten Diebstahls nicht herstellig machen können, doch nicht ganz außer Acht gelassen.

Kirchendiebstahl. Ich übergehe die mancherlei sich hier darbietenden Controversen und beschränke mich darauf, die einzige über dies seltener vorkommende Verbrechen in den Anz. gemachte Aeußerung, Jahrg. 1837, S. 3, zu referiren, daß nämlich „die in den Art. 171—174 C. C. C. über das sacrilegium enthaltenen Strafbestimmungen sich allein auf die geweiheten Güter der katholischen Kirche beziehen, diese mithin für Protestanten, als ihrem kirchlichen Lehrbegriffe zuwider, keine Anwendung finden können" (weil, wie es in der Note daselbst heißt, wegen der fehlenden Weihe auch der Gegenstand fehlt, der die strenge Strafbestimmung für katholische Länder veranlaßte), dabei wird natürlich anerkannt, daß, da die Kirchen eines besonderen Friedens genießen, der Einbruch in dieselben härter, als der Einbruch in andere Gebäude, zu bestrafen, wie denn auch ein solcher Diebstahl ohne Einbruch aus demselben Grunde eine härtere Strafe nach sich zieht (vgl. auch Art. 174 in fine der C. C. C.). Das Oberappellationsgericht stimmte (Anz. l. l.) hiermit, wenigstens stillschweigend, überein.

Bei uns zu Lande sind noch einige Diebstähle mehr qualificirt, welche ich mit wenig Worten berühren werde.

1) Der Viehdiebstahl, insbesondere der Diebstahl von Pferden. Die großfürstlichen Verordnungen vom 2. Nov. 1698 und 18. Octbr. 1723 setzten hierauf die Strafe des Strangs. Diese Strafe ist nicht mehr üblich; aber der Diebstahl wird nach wie vor als einer angesehen, der härtere Bestrafung erfordere, und zwar gleichmäßig in allen Districten des Landes, obwohl jene Verordnungen nicht auf die andern Landestheile extendirt sind (vgl. Anz. 1837, S. 176, „besonders strafbarer Diebstahl"; 1838, S. 252 „für sehr gravirte Verbrechen zu erachten"; 1839, S. 198, Schl.; 1840, S. 141; 1851, S. 38). Für den Königlichen Antheil stellte die Verordnung vom 4. Decbr. 1741 das diebische Abschneiden von Pferdehaaren und Mähnen als qualificirt hin. Die Verordnung ist nicht auf die übrigen Landestheile extendirt, wird aber hier gleichmäßig angewendet (Anz. 1837, S. 124; 1840, S. 84). Jene Verordnung bestimmt dreijährige Zuchthausstrafe; hierbei ist die Praxis nicht stehen geblieben.*) Anz. 1840, S. 141, heißt es, daß drei- bis vierjährige Zuchthausstrafe erkannt zu werden pflege. Jedoch ist nur für das Herzogthum Schleswig durch Patent vom 6. Jan. 1786 dreijährige Zuchthausstrafe als Minimum bestimmt, folglich auf längere Zuchthaushaft zu erkennen gestattet. Nach Anz. 1851, S. 38 nennt das Oberappellationsgericht als „bisherige Praxis" das Erkennen von drei Jahren Zuchthaus. Doch ist auch wohl geringere Strafe erkannt, z. B. Anz. 1840, S. 84 achtzehn Monate Zuchthaus. Das Ausreißen und Ausziehen von Pferdehaaren fällt nicht unter das Gesetz (Anz. 1841, S. 157).

2) Diebstahl in Banden, nach dem § 12 der Verordnung vom 23. März 1814, dessen Inhalt schon oben erwähnt wurde, und dem § 14 ibid., wonach der Anführer einer Bande, bei welcher drei oder mehrere erwachsene Mannspersonen sich befinden -- und wenn der Diebstahl begangen, mit lebenswieriger Freiheitsberaubung, event. mit Schärfung belegt werden soll. Außer dem schon früher Bemerkten ist hier noch die vom Oberappellationsgericht (Anz. 1849, S. 46) gegebene Auslegung anzuführen, „daß die im § 12 der Verordnung vom 23. März 1814 angedrohte Strafschärfung diesem Gesetze zufolge nur dann zur Anwendung zu bringen ist, wenn der Diebstahl, auch abgesehen von der gemeinschaftlichen Wirksamkeit mehrerer erwachsener Mannspersonen, mit zeitiger Zuchthaus- oder Karrenstrafe zu ahnden sein würde."

3) Stranddiebstahl. § 41 der Verordnung vom 30. Decbr. 1803.

4) Der Diebstahl an Pflügen und Eggen auf dem Felde, „die eines besondern Schutzes genießen" (Anz. 1837, S. 5), wie denn überhaupt der Diebstahl vom Felde „nach einer durch hinreichende Gründe motivirten, constanten Praxis härter, als andere gemeine Diebstähle von gleichem Betrage, bestraft wird."

Ferner Diebstahl von Sachen, die aus einem Brande gerettet sind; von Deichmaterialien (Anz. 1837, S. 23 „etwas gravirt"). An Werkzeugen und Geräthschaften des Canals. Patent vom 15. Octbr. 1822 (vgl. über alle diese Diebstähle Schirach, Handb., Bd. I. S. 474 ff.; S. 418, 446 u. s. w.).

*) d. h., was die Bestrafung des Pferdediebstahls betrifft; denn auf diese, nicht auf die Strafe des diebischen Abschneidens von Pferdehaaren, beziehen sich die beiden angeführten, in den Anz. 1840 S. 141 und 1851 S. 38 abgedruckten Erkenntnisse, während das Patent von 1786 und das Erkenntniß in Anz. 1840 S. 84 von dem letztgebachten Verbrechen spricht. A. d. R.

Entscheidungen.

Ueber die Anticipation des Gegenbeweises.

In Sachen des Hofbesitzers Claus Voß in Oelixdorf, Klägers, Provocanten und Provocaten, wider den früheren Hofbesitzer Franz Nagel sen. im Heiligenstedtener Dorf, Beklagten, Provocaten und Provocanten, wegen einer Schuld von 4000 ℳ R.-M. aus baarer Anleihe s. w. d. a.;

hat Kläger, nachdem von beiden Parteien gegen ein in dieser Sache von dem Heiligenstedtener Justitiariat unterm 14. März d. J. abgesprochenes Erkenntniß die Provocation an das Holsteinische Obergericht eingelegt worden, Citation gegen den Beklagten ausgebracht und in seiner Klage im Wesentlichen Folgendes angeführt:

Beklagter habe im Jahre 1848 in Itzehoe einen Schooner bauen lassen, welchen er einem seiner Söhne, dem Schiffer Hans Nagel, zur Führung habe übergeben wollen. In Veranlassung dieses Baues habe er den Kläger unter dem Anerbieten von $3^1/_2$ pCt. jährlichen Zinsen und der ersten Priorität in dem Schooner um eine Anleihe von 5000 ℔ v. Cour. ersucht. Dieser habe das Ansuchen bewilligt und in den Martinigeldestagen 1848 auf Abschlag der versprochenen Anleihe die Summe von 3650 ℔ v. Cour. baar an den Beklagten ausbezahlt. Im Jahre 1849 habe darauf Beklagter den Kläger ersucht, die versprochene Anleihe bis auf 6000 ℔ v. Cour. zu erhöhen, da das Schiff noch verkupfert werden müsse. Auch diese Bitte habe der Kläger zu erfüllen versprochen, sobald er das Geld disponibel haben würde, und sodann dem Beklagten in den Pfingstgeldestagen 1849 wieder 700 ℔ v. Cour. und in den Martinigeldestagen s. J. die letzten 1650 ℔ v. Cour. baar ausgezahlt. Der Beklagte habe also von dem Kläger die versprochene Anleihe der 6000 ℔ v. Cour. in drei Posten baar empfangen und sei dadurch sein Schuldner geworden, habe sich auch als solcher thatsächlich bekannt, indem er ihm für die gedachten 6000 ℔ v. Cour. die versprochenen Zinsen mit $3^1/_2$ pCt. p. A. bis Martini 1850 richtig bezahlt habe. Gegen Ende des Jahres 1851 habe der Beklagte bei dem Kläger abermals eine Schuld von 1500 ℔ v. Cour. contrahirt. Einer der Söhne des Beklagten, der Hofbesitzer Peter Nagel in Broockreihe, habe dem Kläger diese Summe, welche in den Martinigeldestagen 185' habe zurückgezahlt werden sollen, geschuldet. Ehe aber diese Rückzahlung erfolgt sei, habe Beklagter den Kläger gefragt, ob er ihm nicht dieses Geld leihen wolle, und da er hiezu seine Einwilligung ertheilt habe, so sei das Geld von Peter Nagel an den Beklagten ausgezahlt worden, welcher auch über diese Anleihe der 1500 ℔ v. Cour. in den Pfingstgeldestagen 1852 einen der Klage angelegten Wechsel ausgestellt habe. Die Rückzahlung derselben habe nach mündlicher Abrede zu Pfingsten 1853 geschehen sollen, es sei aber später dem Beklagten, als im Laufe des Jahres 1852 der von Buenos Ayres zurückgekehrte Schooner einer Verzimmerung bedurft habe, auf seine Bitte um Vorschuß der desfälligen Kosten gestattet worden, die zuletzt angeliehenen 1500 ℔ v. Cour. zu diesem Zweck zu verwenden, also die Zurückzahlung des Postens einstweilen noch auszusetzen. Bis dahin habe Kläger von dem Beklagten über sein Guthaben, abgesehen von dem Schein über die 1500 ℔, kein schriftliches Anerkenntniß erhalten, welches er natürlich gewünscht habe; es sei in Folge dessen von dem Actuar Kunstmann ein angeblich zu seiner Sicheruug bestimmtes, der Klage unter Nr. 3 angelegtes Document abgefaßt worden, welches er am 7. Novbr. 1852 in Gemeinschaft mit dem Beklagten, dessen Sohn und Schwiegersohn unterschrieben habe. Aus dieser Urkunde ergebe sich unzweifelhaft, daß der Kläger zur Verwendung für den Schooner **Atlantic Ocean** ein Darlehen von 7500 ℔ v. Cour. zu $3^1/_2$ pCt. jährlicher Zinsen, welche ihm bis Martini 1850 auch wirklich bezahlt seien, hergegeben habe. Es sei aber nicht darin ausgesprochen, wer der Eigenthümer des Schiffes und der Schuldner des Klägers sei, vielmehr habe der Concipient die Sache so dargestellt, als ob das Schiff selbst der Debitor und die sämmtlichen Unterzeichner Mitcreditoren wären, was einen offenbaren juristischen Unsinn enthalte. Der Beklagte sei nun aber **realiter** durch Empfang der dargeliehenen Summe der Schuldner des Klägers geworden und es sei in diesem Verhältniß durch die Unterzeichnung der fraglichen Urkunde keine Aenderung bewirkt worden, weil dieselbe keinen Verzicht des Klägers auf sein Forderungsrecht gegen den Beklagten enthalte, und wenn auch der Kläger es zugelassen habe, daß das Schiff als Debitor und der Beklagte als sein Mitcreditor bezeichnet worden sei, so könne ihm aus dem Uebersehen dieser offenbar unrichtigen, ja selbst unsinnigen Bezeichnung, an welcher er als schlichter Bauer keinen Anstoß genommen habe, kein Verlust seines Anspruchs gegen den Beklagten erwachsen sein, wenn er auch allerdings durch die Unterzeichnung der Urkunde auf die ihm früher zugesagte erste Priorität an dem Schooner verzichtet habe. Er sei daher vollkommen berechtigt, sein angeliehenes Geld nebst den versprochenen Zinsen von dem Beklagten zurückzufordern, wie dies, wenn über die Zeit der Rückzahlung des Darlehns nichts ausgemacht sei, nach dem Belieben des Gläubigers geschehen könne, habe dies auch, jedoch vergeblich, zu wiederholten Malen gethan, dürfe daher jetzt, da Beklagter den Empfang des angeliehenen Geldes und das behauptete Zinsversprechen nicht werde leugnen können, ein Erkenntniß des Inhalts beantragen:

daß Beklagter schuldig sei, die von dem Kläger nach und nach entlehnten 7500 ℔ v. Cour., jetzt

4000 ℳ R.-M., nebst den dafür versprochenen Zinsen a 3½ pCt. jährlich, und zwar für 6000 ℔ v. Cour., jetzt 3200 ℳ R.-M., von Martini 1850 bis Pfingsten 1852 und für 7500 ℔ v. Cour., jetzt 4000 ℳ R.-M., von Pfingsten 1852 bis zum Zahlungstage berechnet, innerhalb 6 Wochen an den Kläger ref. exp. zurückzuzahlen.

Beklagter hat in seiner Exceptionsschrift der in der Klage gegebenen Geschichtserzählung eine andere entgegengestellt. Er leugnet, daß er von dem Kläger die eingeklagten 4000 ℳ R.-M. als Darlehen empfangen, behauptet, daß dieser sie nach und nach zur Erbauung und Ausrüstung des Schooners **Atlantic Ocean** hergegeben habe, welcher für Rechnung des beklagtischen Sohnes Hans Nagel, der sich dem Seemannsleben gewidmet habe, erbaut und von diesem später geführt worden sei. Um diesem ein Schiff zu verschaffen, hätten der Beklagte, sein Vater, ein Bruder Peter Nagel in Broockreihe und der jetzige Kläger, welcher ein Schwager des Beklagten sei, die nöthigen Geldmittel hergegeben, sie alle drei seien die ursprünglichen Creditoren des Capitains Hans Nagel geworden und könnten höchstens insofern als Schiffspartner angesehen werden, als sie später gemeinschaftlich mit dem Eingesessenen Hinrich Möller in Heiligenstedten das Schiff verkauft und über ihre gegenseitige Befriedigung aus dem Erlöse einen Vertrag mit einander geschlossen hätten. Es sei auch mit dem Schiffsführer Hans Nagel vereinbart worden, daß dieser die ihm angeliehenen Gelder aus dem Ertrage des Schiffs mit 3½ pCt. **pr. a.** verzinsen solle. Die Zinsen für das damals hergegebene Capital von 6000 ℔ Cour. seien dem Kläger bis Martini 1850 allerdings von dem Beklagten eingehändigt worden, aber nicht als eine eigene Schuld, sondern nur im Auftrage seines Sohnes Hans Nagel und für dessen Rechnung, und es habe damit der Beklagte keineswegs dem Kläger zu erkennen geben können, daß er selbst dieses Capital als ein Darlehen und den Kläger als seinen Gläubiger betrachte. Im Frühjahre 1851 habe der Schooner **Atlantic Ocean** Havarie gelitten und es sei der in dieser Veranlassung auf das Schiff genommene Bodmereibrief von dem Makler Pinckernelle in Hamburg eingelös't worden. Gegen diesen hätten Kläger und Beklagter sich damals verpflichtet, gemeinschaftlich für die Gesammtschuld des Schiffes zu haften und ihm darüber die unter № 2 der Exceptionsschrift angelegte Urkunde ausgestellt, aus welcher liquide hervorgehe, daß sie beide gemeinschaftliche Creditoren oder aber Partner des Schiffes gewesen seien, und daß Kläger jedenfalls nicht zu dem Beklagten im Verhältniß eines Creditors zum Debitor gestanden habe. Als der **Atlantic Ocean** sodann im Augustmonat 1852 wieder einer Verzimmerung bedurft, wozu Beklagter kein Geld mehr habe hergeben können, habe Kläger gestattet, daß diejenigen 1500 ℔, welche Beklagter laut Wechsels um Pfingsten 1852 von ihm baar angeliehen gehabt, zur Verzimmerung des Schiffes verwandt würden; die gleiche Summe habe damals der Schwiegersohn des Beklagten, Heinrich Möller aus Heiligenstedten, hergegeben. Der Kläger habe nun im Ganzen 7500 ℔ v. Cour. baar auf den Schooner verwandt gehabt, und es sei ein dringendes Bedürfniß für diejenigen Mitglieder der Familie Nagel, welche sich bei dem Schiffe betheiligt gehabt hätten, geworden, zur Vermeidung künftiger Differenzen eine bestimmte Vereinbarung darüber zu schließen, wie und in welcher Weise sie bei dem als nothwendig vorausgesehenen Verkauf des Schiffes aus dem Erlöse ihre Befriedigung zu erlangen versuchen wollten. In Folge dessen sei als Resultat vielfacher Besprechungen und Verhandlungen der von dem Kläger seiner Klage angelegte Familienvertrag vom 7. November 1852 zu Stande gekommen, in welchem der Kläger, der Beklagte, dessen Sohn Peter Nagel und Schwiegersohn Heinrich Möller sich gegenseitig als Creditoren des **Atlantic Ocean** anerkannt und sodann die Reihenfolge, in welcher ihre verschiedenen Forderungen collocirt werden und aus dem Erlös des Schiffes zur Perception gelangen sollten, bestimmt hätten. Das Schiff des Capitains Hans Nagel habe darauf noch eine wiederum ungünstig ausgefallene Reise gemacht, und es sei darauf von sämmtlichen Creditoren der Verkauf desselben beschlossen worden, worin Kläger in der gemeinschaftlich mit den übrigen Creditoren unterzeichneten Anlage 3 der Exceptionalien ausdrücklich eingewilligt habe. Nach stattgehabtem Verkaufe aber, als Kläger in Erfahrung gebracht habe, daß das von ihm successive zum Zweck des Schiffes hergegebene Geld verloren gegangen, sei derselbe plötzlich mit der früher nie von ihm aufgestellten Behauptung, daß er dies Geld dem Beklagten baar dargeliehen habe, hervorgetreten, worauf seine jetzige Klage sich gründe. Der Ungrund dieser Behauptung gehe aber aus den der Exceptionsschrift angelegten Documenten und namentlich aus dem Vertrage vom 7. November 1852 hervor, welchen Kläger als Beweisstück des Klaggrundes benutzt habe, daher eine Deduction aus dem Inhalte gegen sich gelten lassen müsse. Das **directum contrarium** der klägerischen Behauptungen liege als erwiesen vor und es dürfe daher Beklagter beantragen, daß Kläger ohne weitere Beweisauflage mit seiner unbegründeten Klage ab- und zur Ruhe verwiesen werde.

Der Kläger hat in seiner zu Protocoll gegebenen Replik bemerkt, daß er erst in der Beweisinstanz verpflichtet sein werde, die der Exceptionsschrift angelegten Documente zu recognosciren.

Von dem Beklagten ist **extra protocollum** duplicirt worden.

Es steht daher nunmehr zur Frage, ob die angestellte Klage für begründet zu erachten und ob auf Beweis derselben zu erkennen ist.

In Erwägung nun, daß der Kläger seiner ausdrücklichen Erklärung zufolge seine Klage auf die Thatsache der geschehenen Hingabe der libellirten 4000 ℳ R.=M. als Darlehn an den Beklagten gegründet hat, womit sein Anspruch auf die ihm von dem Letzteren verweigerte Rückgabe fundirt ist, daß dagegen der Beklagte das behauptete Darlehen geleugnet, besondere Einreden gegen die Klage nicht vorgeschützt, aber den directen Gegenbeweis gegen selbige anticipirt hat;

in Erwägung, daß bei Entscheidung der Frage, in wie weit diese Anticipation ihm gelungen, die von ihm seiner Exceptionsschrift angelegten Documente überall nicht in Betracht gezogen werden können, weil der Kläger **replicando** es abgelehnt hat, über dieselben sich schon jetzt zu erklären, auch im Allgemeinen für einen Kläger keine gesetzliche Nothwendigkeit zu einer derartigen Erklärung vorhanden ist, daß daher nur der Vertrag vom 7. Novbr. 1852, da Kläger denselben bei seinem Klaglibell produeirt hat, berücksichtigt werden kann;

in Erwägung, daß, wenn auch der Kläger selbst diese Urkunde beigebracht hat, daraus doch nur abzuleiten, daß er die Echtheit derselben nicht mehr bestreiten kann, eine seinerseitige Anerkennung des ganzen Inhalts derselben daraus aber um so weniger zu entnehmen ist, als Kläger in seiner Klagschrift eben zu zeigen gesucht hat, daß, ungeachtet er diese Urkunde mit unterschrieben habe, seine persönliche Forderung an den Beklagten intact geblieben sei;

in Erwägung, daß, da eine Verbindung des Beweisverfahrens mit dem ersten Verfahren zwar gestattet, aber nicht als nothwendig vorgeschrieben und am wenigsten ein Präjudiz für den Kläger in Bezug auf die von dem Gegner unternommene Anticipation des direeten Gegenbeweises verfügt ist, dem Kläger nicht das Recht entzogen werden kann, in dem demnächstigen Beweisverfahren seine etwanigen Einwendungen gegen die beweisende Kraft der fraglichen Urkunde geltend zu machen, daher aus formellen Gründen eine Erledigung der Sache im ersten Verfahren nicht geschehen kann, und

in schließlicher Erwägung, daß somit dem Kläger der Beweis der Thatsachen, welche seine Klage begründen, aufzuerlegen ist, daß aber, sofern nur das behauptete Darlehen erwiesen ist, die in Anspruch genommene Verzinsung desselben nicht weiter als streitig erscheint,

wird, in Erwägung vorstehender Gründe, auf eingelegte Receffe und stattgehabte mündliche Verhandlung, von Obergerichtswegen hiedurch für Recht erkannt:

daß Kläger schuldig, binnen Ordnungsfrist, unter Vorbehalt des Gegenbeweises und der Eide, rechtlicher Art nach darzuthun und zu erweisen:

daß er dem Beklagten die eingeklagten 4000 ℳ R.=M. als Darlehen gegeben habe,

auf welchen geführten oder nicht geführten Beweis sodann in der Hauptsache und der Kosten wegen weiter ergehen wird, was den Rechten gemäß.

Wie denn solchergestalt hiedurch erkannt wird

R. R. W.

Urkundlich ɪc. **Publicatum** im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den — Novbr. 1855.

Ueber die Beweislast und Beweisführung bei der *exceptio legis Anastasianæ.*

In Supplicationssachen des Müllers Kruse am Altendeich, Imploraten und Supplicanten, wider die Wittwe des weiland J. P. Behr, früher verwittwet gewesene Fouché, geb. Helwig, in Hamburg, Implorantin, jetzt Supplicatin, in Betreff einer liquiden Schuld,

ergeben die Acten:

Auf Antrag der Supplicatin hat das Steinburger Amthaus unterm 27. Februar d. J. dem Supplicanten aufgegeben, 3200 ℳ R.=M. nebst 4 pCt. Zinsen für die Zeit vom 21. December 1839 bis zum Zahlungstage, sowie die Zinsen zu 4 pCt. für ein Capital von 2400 ℳ R.=M. für die Zeit vom 13. August 1842 bis zum 13. August 1854, binnen 4 Wochen **ab ins.** an die Implorantin zu bezahlen, so wie die Kosten zu erstatten.

Gegen dieses Mandat hat der Implorat außer der gleichsam **illustrationis causa** eingewandten **exceptio non numeratæ pecuniæ**, deren Unzulässigkeit nach erfolgtem Ablauf des Bienniums zugegeben ward, die **exceptio legis Anastasianæ** vorgeschützt, indem Implorat es geleugnet hat, daß die Implorantin dem ursprünglichen Inhaber der Obligationen, dem jetzt verstorbenen Kaufmann J. C. D. Rapantz in Hamburg, von welchem sie die fraglichen Forderungen gekauft haben wolle, die **Valuta** an Capital und Zinsen ganz oder theilweise gezahlt habe.

Es ist dabei bemerkt, daß nach einer durch vielfache Entscheidungen des Obergerichts feststehenden Praxis die Klägerin im Leugnungsfalle der Beweis treffen müsse, **eventualiter** hat Implorat der Implorantin den Schiedseid über die nicht erfolgte Zahlung deferirt und sich die Geltendmachung der **exceptio**

non numeratæ pecuniæ im Wege der Reconvention vorbehalten.

Replicando hat die Implorantin die zur Begründung der **exceptio non numeratæ pecuniæ** vorgebrachten Anführungen bestritten, in Bezug auf die **exceptio legis Anastasianæ** die Thatsache, daß ihr die Beweislast zufallen müsse, eingeräumt, sodann aber, gestützt auf eine in den Schleswig-Holsteinischen Anzeigen **pro** 1844 abgedruckte Entscheidung des Oberappellationsgerichts und die Aussprüche mehrerer namhafter neuerer Civilisten, auszuführen gesucht, daß der in der Cessionsacte von dem Cedenten bezeugte Empfang des vollen Betrages der cedirten Forderungen vollen Beweis liefere. Da nun in den dem Mandatsgesuche angelegten Cessionsacten das Bekenntniß des Kaufmanns Rapantz, die volle **Valuta** erhalten zu haben, enthalten sei, so müsse, wenn Implorat dies bestreite, ihn die Beweislast treffen. Dieses habe er auch wohl eingesehen und daher eventuell der Implorantin den Eid deferirt.

Ohne sich nun in einen Streit darüber einzulassen, daß Implorat die Implorantin, da die fraglichen Cessionsacten, wie am Fuße derselben zu ersehen, in seinem Folium protocollirt seien, was gesetzlich ohne seine Einwilligung nicht habe geschehen können, schon als seine Creditorin anerkannt habe, wolle sie den deferirten Eid annehmen, jedoch mit Ausnahme der bis zum Tage der Cession laufenden Zinsen, da sie freilich der bestimmten Ansicht sei, die ihr auch in der Cessionsacte bezeugte Zahlung beschafft zu haben, es jedoch vorziehe, hierüber keinen Eid abzuleisten.

Das Steinburger Amthaus hat darauf durch Decret vom 30. Mai d. J. Termin zur Ableistung des nach dem Antrage der Implorantin clausulirten Eides angesetzt und den Imploraten dazu geladen.

Gegen dieses Decret hat Implorat das Rechtsmittel der Supplication eingewandt, solches **rite** prosequirt und dahin gravaminirt:

> daß, wie geschehen, erkannt und nicht der Implorantin unter Vorbehalt des Gegenbeweises zu beweisen auferlegt, daß sie die **Valuta** an Capital und Zinsen für die fraglichen Obligationen ganz oder theilweise bezahlt habe, für letzteren Fall unter bestimmter Angabe der Summengröße des wirklich Gezahlten,

und steht nunmehr nach eingezogener Gegenerklärung und unterm 15./16. August d. J. erstattetem Bericht des Amthauses zur Frage, ob diese Beschwerde begründet ist.

In Erwägung nun, daß es zwischen den Parteien nicht streitig ist, wen im vorliegenden Falle die Beweislast treffe, vielmehr beide Theile davon ausgehen, daß die Implorantin als Cessionarin zu beweisen habe, daß die **Valuta** wirklich bezahlt sei, wie denn diese Ansicht auch in der Doctrin die herrschende und durch vielfache Präjudicate anerkannt ist;

in Erwägung ferner, daß die Streitfrage, welchen Werth ein urkundliches Zeugniß des Cedenten darüber, daß er von dem Cessionar den vollen Betrag der Forderung empfangen, als Beweismittel habe, in Uebereinstimmung mit der vom Oberappellationsgerichte abgegebenen Entscheidung*) dahin zu beantworten ist, daß der Cessionar durch Beibringung einer solchen Quittung den ihm durch die **exceptio legis Anastasianæ** aufgebürdeten Beweis zur Genüge erbracht hat und daher von einer im unbedingten Mandatsverfahren überall unzulässigen weiteren Beweisauflage nicht die Rede sein kann;

in schließlicher Erwägung, daß der von dem Imploraten angetretene Beweis der nicht erfolgten Zahlung der **Valuta** ein directer Gegenbeweis ist, die geschehene Eidesdelation demnach als ein unzulässiges Beweismittel angesehen werden muß, daß aber, da dieser zugeschobene Eid von der Implorantin ohne Weiteres acceptirt, von derselben auch keine Beschwerde gegen das Decret des Amthauses vom 30. Mai d. J. erhoben ist, hierauf bei der jetzigen Sachlage nichts ankommt,

wird auf die **sub præs.** den 24. Juni d. J. hieselbst eingereichte Supplicationsschrift, nach darüber eingezogener Erklärung des Gegentheils und erstattetem obrigkeitlichen Berichte, hiemittelst von Obergerichtswegen

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Urkundlich 2c. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 1. November 1855.

---

*) Schl. Holst. Anzeigen, Jahrg. 1844, S. 273. vgl. auch Jahrg. 1839, S. 118. Das Holsteinische Obergericht hat sich in dem gegenwärtigen Fall, allerdings in Abweichung von den früher vertretenen Grundsätzen, der von dem Oberappellationsgerichte schon adoptirten Ansicht, daß das in der Cessionsacte enthaltene Bekenntniß des Cedenten den Beweis des Empfanges der Valuta liefere, angeschlossen, für welche, wenn auch die obwaltenden theoretischen Bedenken nicht verkannt werden können, entschieden die Rücksicht auf die practische Zweckmäßigkeit spricht.

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen ***Henrici*** *und* ***Lucht.***
Gedruckt bei ***Augustin*** *in Glückstadt.*

17. Stück. Den 28. April 1856.

Entscheidungen.

Bei der gesetzlichen Beweisfrist bedarf es für die Präcludirung der nicht zeitig gebrauchten Beweismittel keiner Contumacialbeschuldigung. — Die Beweisfrist des Lübschen Rechts ist in der Stadt Itzehoe in anerkannter Geltung.

In Sachen des Kornhändlers Siem Tiedemann in Itzehoe, Klägers und Supplicanten, wider den Fuhrmann Johann Matthiesen ebendaselbst, Beklagten und Supplicaten, hauptsächlich wegen Cessionsertheilung eines Kaufcontracts,

ergeben die Acten:

Auf eine von dem Bürger und Kornhändler Siem Tiedemann in Itzehoe wider den Bürger und Fuhrmann Johann Matthiesen ebendaselbst wegen verlangter Cessionsertheilung hinsichtlich eines Kaufcontracts und Abtretung eines Ganges s. w. d. a. angestellte Klage ist mittelst demnächst rechtskräftig gewordenen Beweisinterlocuts des Itzehoer Magistrats vom 22. Aug. d. J. dem Kläger auferlegt worden, binnen Ordnungsfrist unter Vorbehalt des Gegenbeweises und der Eide darzuthun und zu beweisen:

1) daß in der Zeit bis zum 1. März 1854 incl. Beklagter den kleinen, im ersten Quartier **sub** Nr. 4 **a** catastrirten Stall des Itzehoer Gastwirths Thomsen für die Summe von 1200 ℔ oder 640 ₰ R.=M. von demselben gekauft hat, sowie

2) daß Beklagter den Gang, welcher zwischen dem ihm zuständigen, **sub** Quartier 1, Nr. 4 **b** catastrirten Stall und dem fraglichen kleineren des Gastwirths Thomsen befindlich, nach Abrechnung des Tropfenfalls für ersterwähnten Stall, für die Summe von 200 ℔ v. Cour. oder 106 ₰ 64 ß R.=M. dem Kläger für den Fall käuflich überlassen habe, wenn Beklagter den fraglichen kleinen Stall von dem Gastwirth Thomsen, kaufen werde.

Nachdem Kläger die Salvirung der Antretungsfrist dieses zweiten Beweises bis dahin, daß über den ersten Beweis definitiv und rechtskräftig erkannt sein werde, impetrirt hatte, hat er den ersten Beweis am 12. Septbr. theils durch einen Zeugen, den Gastwirth Thomsen, theils durch Eidesdelation angetreten, und hat Beklagter sodann Fragestücke zu den Artikeln eingereicht, auch sich über den ihm zugeschobenen Eid erklärt. Von dem Kläger ist darauf in einer unterm 28. Septbr. von ihm eingereichten Eingabe beantragt worden, daß noch die Abhörung eines in derselben in der Person des Schlossers Baade nachträglich namhaft gemachten zweiten Zeugen veranlaßt werde.

Nach erfolgter Mittheilung der desfälligen Eingabe an den Beklagten zur etwaigen Einreichung von Fragestücken hat derselbe als Beweiseinrede geltend gemacht, daß der klägerische Antrag auf richterliche Vernehmung des Zeugen Baade nach Ablauf der vierzehntägigen Lübschen Ordnungsfrist als unzulässig zu verwerfen sei, und ist vom Magistrat hierauf unterm 9. Octbr. d. J. zum Bescheide ertheilt worden:

> daß Beklagter mit seiner Beweiseinrede zu hören und der Abhörung des nach Ablauf der Ordnungsfrist vom Kläger producirten Zeugen Baade nach erfolgtem Widerspruche des Gegentheils nicht Statt zu geben, Kläger auch schuldig, die Kosten dieses Incidentverfahrens, **des. et mod. salva**, binnen sechs Wochen **ab ins.** dem Beklagten zu erstatten.

Gegen dieses Erkenntniß hat Kläger supplicirt, event. auch um Restitution gebeten und seine Supplicationsbitte dahin gerichtet:

> daß, unter Aufhebung des Bescheides des Itzehoer Magistrats vom 9. Octbr. d. J., Kläger mit seinem nachträglichen Beweise durch den neu aufgefundenen Zeugen, den Schlossermeister Johann Baade, annoch zuzulassen und Beklagter schuldig, dem Kläger die angeursachten Kosten dieses Incidentverfahrens, deren etwaige Ermäßigung vorbehältlich, zu erstatten.

Es steht demnach zur Frage, ob die gegen den klägerischen Antrag auf Abhörung des Zeugen Baade vorgeschützte **exceptio præclusi** als begründet anzusehen ist?

In Erwägung nun, daß in der Stadt Itzehoe die vierzehntägige Ordnungsfrist des Lübschen Rechts als

Beweisfrist in unzweifelhafter Geltung ist und daher, da unter der im Beweiserkenntniß des Itzehoer Magistrats vom 22. August erwähnten Ordnungsfrist selbstverständlich nur die vierzehntägige hat verstanden werden können, die erst am 28. Septbr. stattgefundene Denominirung des Schlossers Baade als Zeugen nach Ablauf der erkannten Ordnungsfrist erfolgt ist;

in Erwägung, daß, wenn auch der Supplicat die Abhörung des Zeugen Thomsen nach Ablauf der Beweisfrist ohne Widerrede zugelassen, doch daraus, daß er in Betreff der Zulassung dieses Zeugen seine Gerechtsame außer Acht gelassen, eine Verbindlichkeit für ihn nicht resultirt, auch in Beziehung späterer in Vorschlag gebrachter Zeugen sich in gleicher Weise seiner Gerechtsame zu begeben;

in Erwägung, daß auch der Schlosser Baade als ein nach Ablauf der Beweisfrist annoch zuzulassender **testis noviter repertus** nicht anzusehen ist, indem derselbe nach Ausweis der der Exceptionsschrift angelegten Documente als bei dem fraglichen Stallhandel Betheiligter dem Supplicanten vor Antretung des Beweises bekannt gewesen ist und Supplicant sich mithin auf seine Unkunde der Fähigkeit Baade's, in dieser Streitsache Zeugniß ablegen zu können, mit Grund nicht berufen kann;

in Erwägung, daß endlich die in Betracht kommende Frist nicht als eine **arbitrio judicis** bestimmte, sondern als ein sogenanntes **fatale secundum quid** sich darstellt, auf dessen Innehaltung von Amtswegen nicht geachtet wird, zu dessen Präcludirung es indeß, da bei demselben die Regel **dies interpellat pro homine** eintritt, einer Contumacialbeschuldigung nicht bedarf, vielmehr zur Erkennung der Präclusion ein einfacher Protest des Gegners gegen die nach Ablauf der Beweisfrist producirten Beweismittel genügt,

wird auf die **sub praes.** den 26. Octbr. d. J. hieselbst eingegangene Supplicationsvorstellung des vorrubricirten Supplicanten, demselben nach eingezogener Gegenerklärung und erstattetem Berichte des Magistrats (**sub praes.** den 29. Novbr. d. J.) von Obergerichtswegen hiemittelst

ein abschläglicher Bescheid

ertheilt und Supplicant zugleich schuldig erkannt, dem Supplicaten die Kosten der Gegenerklärung mit 21 ℛ 82 β R.=M. binnen 4 Wochen **ab. ins.** zu erstatten, wogegen dem Supplicanten auf seine desfällige Bitte gegen den Ablauf der von ihm versäumten Beweisfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dahin bewilligt wird, daß ihm annoch gestattet werde, innerhalb 14 Tage, von der Insinuation dieses Bescheides angerechnet, den Schlossermeister Johann Baade als Zeugen über die bereits eingereichten Artikel abhören zu lassen.

Urkundlich rc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 28. December 1854.

Die Frist zur Antretung des directen Gegenbeweises beginnt regelmäßig, wo der Hauptbeweis durch Zeugen oder Sachverständige geführt ist, von der Abhörung des letzten Zeugen oder Sachverständigen. — Bei gesetzlichen Fatalien ist die Nachholung des einmal Versäumten nicht gestattet.

In Sachen des Hofbesitzers Nathanson in Eichede, Beklagten, jetzt Supplicanten, wider den Holländer Petersen daselbst, Kläger, jetzt Supplicaten, hauptsächlich wegen Nichterfüllung eines Pachtcontractes, daher Schadenersatzes, jetzt gegen Decret des Trittauer Amthauses vom 3. Juli d. J.;

ergeben die Acten:

In einem zwischen den Parteien bei dem Trittauer Amthause verhandelten Entschädigungsprocesse wegen Nichterfüllung eines Pachtcontractes ist dem Supplicaten durch Interlocut vom 3. Octbr. v. J. ein Beweis auferlegt worden, welchen er durch Denominirung von Sachverständigen angetreten hat. Diese wurden am 1. Febr. d. J. vernommen und die Parteien vermittelst Decrets vom 17./24. s. M. davon in Kenntniß gesetzt, daß nach stattgefundener Abhörung der Sachverständigen der desfällige Rotul unterm Datum des Decrets der Trittauer Amtstube mit dem Commissorium zugestellt worden sei, denselben **ad depositum judiciale** zu nehmen.

Am 29. März d. J., als sechs Wochen nach Abhörung der von dem Kläger und Supplicaten denominirten Sachverständigen bereits verstrichen waren, reichte Supplicant ein Gesuch bei dem Amthause ein, in welchem er unter dem Bemerken, daß er den in dem Beweisinterlocut vom 3. Octbr. v. J. ihm vorbehaltenen directen Gegenbeweis zu führen beabsichtige, für welchen die Frist mit dem Decret vom 17./21. Febr. d. J. zu laufen angefangen habe, welches von der letzten auf Herstellung des Hauptbeweises gerichteten Handlung Kunde gebe, um Ertheilung einer sechswöchigen Frist zur Antretung des beabsichtigten Gegenbeweises bat. Vom Amthause wurde ihm hierauf mittelst Decrets vom 2. April d. J. eine sechswöchige Fristerstreckung, vom Ablauf der Gegenbeweisfrist angerechnet, unter Benachrichtigung des Supplicaten bewilligt.

Supplicant trat nun unterm 9. Mai d. J. seinen Gegenbeweis an; Supplicat aber opponirte auf geschehene Mittheilung der Antretungsschrift in einer Eingabe vom 31. s. M. die Einrede des deserten Gegenbeweises, weil die nach der Landgerichtsordnung **III. 12 § 2 ab examinatione testium actoris** laufende Gegenbeweisfrist schon bei Einreichung des supplicantischen Fristgesuchs verstrichen gewesen sei, die dem Supplicanten desungeachtet ertheilte Dilation seine **ipso jure** eintretende Präclusion nicht hindern könne, überdies auch Supplicant nicht einmal die vom Ablauf der gesetzlichen laufende, daher mit dem 26. April

d. J. zu Ende gegangene, verlängerte Frist innegehalten habe, und wurde darauf dem supplicatischen Antrage gemäß durch Decret des Amthauses vom 3. Juli d. J. der angetretene Gegenbeweis unter Verurtheilung des Supplicanten in die dadurch erwachsenen Kosten für desert erklärt.

Gegen dieses am 7. Juli d. J. ihm insinuirte Decret reichte Supplicat am 16. s. M. eine Vorstellung ein, in welcher er zunächst unter Berufung darauf, daß nach altem Gerichtsgebrauch in den Stormarnschen Aemtern die Gegenbeweisfrist von der Insinuation des Decrets, durch welches den Parteien die geschehene Anfertigung und Deponirung des Rotuls mitgetheilt werde, zu laufen beginne, gegen jenes Decret remonstrirte und die Wiederaufhebung beantragte, event. die Supplication dagegen einwandte, mit welcher er event. die restitutio in integrum verbinden zu wollen erklärte. Das Amthaus gab ihm hierauf unterm 18. s. M. zu erkennen, daß seinem Antrage auf Aufhebung des Decrets vom 3. Juli d. J. nicht Folge gegeben werden könne, dagegen der eingewandten Supplication deferirt und zur Einreichung seines etwanigen Restitutionsgesuchs eine sechswöchige Frist ihm gesetzt werde.

Supplicant hat nun am 4. August d. J. eine Supplicationsrechtfertigung mit eventuellem Restitutionsgesuch eingereicht, worin er zunächst beantragt, daß das angefochtene Decret wiederum aufgehoben und er mit seiner Gegenbeweisantretung, als tempestive eingereicht, unter Genießung der Kosten zugelassen werden möge, event., nach geschehener Darlegung des Vorhandenseins der gesetzlichen Erfordernisse der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, daß er dahin in integrum restituirt werden möge, daß die gedachte Gegenbeweisantretung als zeitig eingereicht anzusehen und auf Grund derselben nunmehr in gesetzmäßiger Weise weiter zu verfahren sei.

Nach eingezogener Erklärung des Supplicaten steht, da gegen die Beobachtung der Fristen nichts zu erinnern ist, zunächst zur Frage, ob die erhobene Supplication für begründet zu erachten sei?

In Erwägung nun, daß die Frist zur Antretung des directen Gegenbeweises, wo nicht durch specielle Verfügung etwas Anderes bestimmt ist, nach anerkanntem, aus der Landgerichtsordnung **III.** 12 § 2 sich ergebendem Grundsatz in den Fällen, wo der Hauptbeweis durch Zeugen oder Sachverständige geführt wird, von der geschehenen Abhörung des letzten Zeugen oder Sachverständigen zu laufen beginnt;

in Erwägung, daß, wenn in den Stormarnschen Aemtern die Parteien durch ein Decret von der geschehenen Anfertigung und Deponirung des Rotuls benachrichtigt werden, dieses sonst nicht gebräuchliche und als überflüssig zu betrachtende Decret offenbar nur den Zweck hat, die Parteien davon in Kenntniß zu setzen, daß von Seiten des Gerichts der Eröffnung des Rotuls nichts entgegenstehe, in der üblichen Erlassung dieses Decrets daher eine Abänderung der gesetzlichen Bestimmung über den Lauf der Gegenbeweisfrist, deren Anwendung in den Stormarnschen Aemtern keine größere Schwierigkeiten, als in andern Districten, entgegenstehen können, nicht gefunden werden kann;

in Erwägung ferner, daß der vom Supplicanten behauptete Gerichtsgebrauch, nach welchem in den Stormarnschen Aemtern die Gegenbeweisfrist erst von der Insinuation des mehrgedachten Decrets ihren Anfang nehmen soll, weder von ihm näher nachgewiesen worden, noch dem Amthause bekannt ist;

in Erwägung, daß daher die von dem 1. Februar d. J., als dem Tage der Abhörung des supplicatischen Sachverständigen laufende Gegenbeweisfrist schon verstrichen, die den Rechten nach stillschweigend erfolgende Präclusion des Supplicanten mit dem von ihm beabsichtigten Gegenbeweise also schon eingetreten war, als Supplicant am 27. März d. J. eine Verlängerung der Gegenbeweisfrist sich erbat, die ihm desungeachtet ertheilte Frist aber den durch die Fristversäumniß bereits erworbenen Rechten nicht präjudicirte, übrigens auch von dem Supplicanten nicht einmal innerhalb dieser verlängerten Frist, sofern man sie vom Ablauf der *gesetzlichen* rechnet, seine Antretung des Gegenbeweises beschafft worden ist, und

in endlicher Erwägung, daß, wenn auch Supplicant seine Antretungsschrift eingereicht hat, bevor noch der Supplicat die Deserterklärung des Gegenbeweises beantragte, hierin eine zulässige purgatio moræ nicht erblickt werden kann, weil die Natur der Gegenbeweisfrist als eines gesetzlichen Fatale die Nachholung des einmal Versäumten nicht gestattet,

wird dem Supplicanten auf seine sub præs. den 4. August d. J. eingereichte Supplicationsrechtfertigung, bei abschriftlicher Mittheilung der Gegenerklärung, von Obergerichtswegen

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt, dagegen die in seinem mit der Supplicationsrechtfertigung verbundenen eventuellen Restitutionsgesuch von ihm erbetene Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Frist zur Antretung des directen Gegenbeweises ihm hiemittelst bewilligt, Supplicant jedoch schuldig erkannt, dem Supplicaten die Kosten der Gegenerklärung binnen 4 Wochen ab. ins. zu erstatten.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 1. Novbr. 1855.

Zur Lehre von den Proceßkosten.

In Supplicationssachen des Rademachers Hinrich Ernst in Jevenstedt, Klägers, jetzt Supplicanten, wider den Bäcker Nicolaus Thode daselbst, Beklagten, jetzt Supplicaten, wegen einer Schuld von 56 ℛ 86 ß R.-M., jetzt gegen das Erkenntniß des Königl. Rendsburger Amthauses vom 17/20. Novbr. v. J.,

ergeben die Acten, daß durch rechtskräftiges Inter-

locut vom 9. Mai v. J. beiden Theilen Beweise auferlegt worden waren,

1) dem Kläger, daß er die resp. unterm 24. Mai und 4. Juli 1849, sowie unterm 1. Novbr. 1850 und unterm 4. August 1851 und endlich die für das Jahr 1852 in Rechnung gestellten Arbeiten in den angegebenen Jahren für den Beklagten angefertigt habe,

2) dem Beklagten, daß er zu Anfang des Jahres 1851 dem Kläger alle Arbeiten, die er bei demselben bis zum Schlusse des Jahres 1850 annoch restirte, bezahlt habe.

Der Beklagte hat den ihm aufgegebenen Beweis desert werden lassen, Kläger den seinigen durch Eidesdelation angetreten, worauf vom Beklagten rücksichtlich aller übrigen Pöste, deren Lieferung bestritten war, der Eid acceptirt und unterm 11. August v. J. abgeleistet, rücksichtlich eines unterm 29. Dec. 1852 in der Rechnung aufgeführten Bügelstuhles dagegen, dessen Preis 2 ℛ 13 ß R.-M. beträgt, der Eid referirt worden ist.

Die Ableistung dieses letzteren Eides hat Beklagter **in termino** den 11. August v. J. dem bereits **ad jurandum** erschienenen Kläger erlassen.

Nachdem darauf noch zum Ueberflusse ein De- und Contradeductionsverfahren stattgefunden, hat das Amthaus unterm 17./20. November v. J. erkannt:

> daß von der eingeklagten Rechnung die resp. unterm 24. Mai und 4. Juli 1849, unterm 1. November 1850, unterm 4. August 1851 und endlich die sämmtlichen **pro** 1852, letztere jedoch mit Ausnahme des unterm 29. Decbr. 1852 mit 2 ℛ 13 ß notirten Bügelstuhls, notirten Pöste zu streichen seien und Beklagter nur die übrigen Pöste mit der Summe von 26 ℛ 54 ß zu bezahlen habe, sowie, daß Kläger schuldig sei, dem Beklagten die sämmtlichen, diesem angeursachten Kosten, deren Ansatz und richterliche Ermäßigung vorbehältlich, zu erstatten.

Kläger hat gegen dieses Erkenntniß das Rechtsmittel der Supplication eingewendet und sich darüber beschwert, daß über den Kostenpunkt, wie geschehen, erkannt und nicht vielmehr die Kosten verglichen worden sind, wobei noch zu erwähnen, daß der in dem angefochtenen Erkenntnisse in Ansehung des Hauptstuhles vorgekommene Rechnungsfehler unter den Parteien ausgeglichen und vom Beklagten anerkannt worden ist, daß die Hauptschuld nicht 26 ℛ 54 ß, sondern 27 ℛ 93 ß R.-M. betrage.

Es steht demnach lediglich in Frage, ob es gerechtfertigt war, den Kläger in sämmtliche Kosten zu verurtheilen.

In Erwägung nun, daß für diese Verurtheilung des Klägers in die Kosten zweierlei Argumente geltend gemacht worden sind, nämlich

1) weil die Kostenerstattung nach feststehenden processualischen Grundsätzen Folge des geleisteten Schiedseides sei, und

2) weil Kläger nicht einmal so viel durch den Proceß erstritten habe, als ihm von Anfang an abseiten des Beklagten zugestanden worden sei;

in Erwägung aber

ad 1, daß in Fällen, in denen durch den geleisteten Schiedseid nicht der ganze Proceß geschlichtet, sondern nur ein Theil des Streites erledigt wird, die Consequenz des Schiedseides rücksichtlich der Kosten auch nur auf den durch den Schiedseid geschlichteten Theil des Processes sich beziehen kann, sowie

in Erwägung, daß im vorliegenden Falle der Streit als durch beiderseitigen Schiedseid erledigt betrachtet werden muß, weil der dem Kläger **in termino** den 11. August v. J. erlassene referirte Eid einem wirklich geleisteten Eide rechtlich gleich zu achten steht;

in Erwägung

ad 2, daß Beklagter allerdings in seiner Exceptionsschrift angeführt hatte, er habe schon früher dem Kläger 28 ℛ 51 ß R.-M. zur Abfindung offerirt und sei noch bereit, solche ihm zuzugestehen, obwohl der Kläger rechtmäßig so viel nicht zu fordern habe;

in Erwägung jedoch, daß diese Offerte nur als ein Vergleichsanerbieten **pro redimenda vexa** betrachtet werden und dem Kläger **temeritas litigii** blos darum nicht vorgeworfen werden kann, weil er dasjenige von angeblicher Großmuth des Beklagten nicht annehmen wollte, worauf er ein rechtliches Forderungsrecht zu haben der Meinung war;

in Erwägung daher, daß es bei dem Principe der Freiwilligkeit des Vergleiches dem Kläger in Ansehung der Proceßkosten nicht zur Präjudiz gereichen kann, daß er einen Vergleich ausgeschlagen, welcher ihm noch etwas mehr, als die schließlich erstrittene Summe, eingebracht haben würde, daß vielmehr für die Proceßkosten blos das contentiöse Verhalten der Parteien in Betracht kommt und in dieser Hinsicht Beklagter durch seine Streitbefestigung sammt Einrede der Zahlung die bis 1850 incl. sich erstreckenden Rechnungspöste, betragend zusammen 35 ℛ 54 ß R.-M., gänzlich, außerdem aber noch rücksichtlich der Lieferung 14 ℛ 38 ß R.-M. streitig gemacht hatte, dergestalt, daß von ihm als rechtmäßige Forderung auf die eingeklagten 56 ℛ 86 ß R.-M. keineswegs 28 ℛ 51 ß, sondern vielmehr nur 6 ℛ 90 ß R.-M., zugestanden waren, und

in Erwägung, daß hiernach in Ansehung der Kosten nach der Regel eines theilweise obsieglich vom Kläger geführten Processes zu erkennen gewesen wäre,

wird, unter Aufhebung des die Kosten betreffenden Theiles des Erkenntnisses des Königl. Rendsburger Amthauses vom 17./20. November v. J., hiedurch von Obergerichtswegen zum Bescheide ertheilt:

> daß die in dieser Proceßsache **in inferiori** erwachsenen Kosten, nicht weniger die Kosten der Supplicationsinstanz zu compensiren seien.

Urkundlich rc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 5. Juli 1855.

Allerhöchst privilegirte
Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

18. Stück. Den 5. Mai 1856.

Entscheidungen.

Proceßleitung.

Erster Fall.

Auf die sub præs. den 16. December v. J. hieselbst eingereichte Beschwerde der Zuckerfabrikanten D. & C. T. in U., Kläger, jetzt Querulanten, in Sachen wider den Kaufmann B. in N., Beklagten, ppltr. in pcto. debiti 1109 ℛ 77 ß R.=M., jetzt wider das Verfahren des N. N. Amthauses in dieser Sache,

wird,

in Erwägung, daß, nachdem der in dieser Sache von den Klägern zum 15. August v. J. ausgebrachte Verhandlungstermin bereits wegen einer Badereise des vom Beklagten angenommenen Anwaltes auf unbestimmte Zeit dilatirt und erst auf Anhalten der Kläger ein neuer Verhandlungstermin wieder anberaumt worden war, das Amthaus unterm 12. November v. J. auf ein abermaliges Gesuch des Beklagten um Aussetzung des Verhandlungstermins auf 4 bis 6 Wochen

> einstweilige Aussetzung des Verhandlungstermins, unter Vorbehalt der Anberaumung eines neuen Termins, bis auf desfälligen eventuellen Antrag

decretirt hat;

in Erwägung, daß zwar auf der Kläger Reclamationen gegen solche Procedur ein neuer Verhandlungstermin zum 5. Januar d. J. anberaumt, jedoch deren Bitte, daß solches ohne Kosten für sie, ex officio, nachgeholt werde, unberücksichtigt gelassen ist;

in Erwägung, daß es nach Grundsätzen des gemeinen Civilprocesses, sowie nach der vaterländischen Gesetzgebung, zu den wesentlichen Aufgaben der richterlichen Proceßleitung gehört, daß auf prompte Justiz hingewirkt werde, und diejenigen richterlichen Anordnungen, deren es zum Fortgang der Parteiverhandlungen bedarf, mit Vermeidung alles unnöthigen Zeitverlustes in fördernder Weise getroffen werden;

in Erwägung, daß dies namentlich rücksichtlich der Ertheilung von Fristen gilt, welche wohl einem Kläger, für den keine Verpflichtung besteht, ut jure suo utatur, sofern derselbe wirklich um Aussetzung auf unbestimmte Zeit und nicht blos um Verlegung des Termins bitten würde, keineswegs aber einem Beklagten, welcher sich dem gerichtlichen Gehör zu stellen verpflichtet ist, auf unbestimmte Zeit zu bewilligen sind;

in Erwägung, daß das N. N. Amthaus im Widerspruch mit dieser Proceßleitungspflicht sowohl im vorrubricirten, als in mehreren anderen vom Anwalte der Kläger nachgewiesenen Fällen die von den Klägern anhängig gemachte Procedur auf eingereichte Fristgesuche der Beklagten vorerst durch bloße Aussetzung der Termine in völligen Stillstand gebracht und behuf Ueberwindung solcher effectiver Moratorien, deren sich sogar die Allerhöchste Landesherrschaft durch Verordnung vom 18. April 1721 im Interesse des Credits begeben, den Klägern Gesuche abgenöthigt hat, auf welche alsdann erst durch neue Decrete Wiederansetzung der Termine erfolgte;

in Erwägung, daß eine solche Art der Proceßleitung dem Obigen nach als mißbräuchlich und um so mehr verwerflich sich darstellt, als durch dieselbe die Kläger mit den Kosten überflüssiger Gesuche und Decrete bebürdet worden, welchemnach in Gemäßheit des § 36 der Verfügung vom 15. Mai 1834, betreffend die Instruction der Oberdicasterien, eine abstellende Verfügung zu treffen ist,

hiedurch, nach eingezogener berichtlicher Erklärung

des Amthauses, von Obergerichtswegen zum Bescheide gegeben:

> daß dem N. N. Amthause anzubefehlen, sich hinfort der mißbräuchlichen Terminsprorogationen auf unbestimmte Zeit, sofern dieselben von dem beklagten Theile einseitig beantragt werden, gänzlich zu enthalten, auch den Querulanten die durch derartige Decretur vom 12. November v. J. sowie die gegenwärtige Beschwerde ihnen veranlaßten Kosten, **salva car. specificatione et event. moderat.**, innerhalb 4 Wochen zu erstatten und binnen gleicher Frist die Gebühr des Decrets vom 5. December v. J. zurückzuzahlen.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 3. Mai 1855.

Zweiter Fall.

In nachstehender Sache, in welcher die beklagte Partei das Armenrecht genoß, hatte die Norderdithmarscher Landvogtei nach geendigtem ersten Verfahren das folgende Erkenntniß abgegeben:

> Nach stattgehabter Einsicht der eingelegten Acten und nachdem sich befunden, daß diese wegen ungenügend beschaffter Litiscontestation und ungenauer und unklarer Abfassung der vorgeschützten Einreden eine geeignete Grundlage für die Entscheidung der Sache nicht darbieten, wird hiemittelst von Richteramtswegen die Exceptionsschrift nebst den folgenden Satzschriften cassirt, dem dem Beklagten zum Sachwalter auf das Armenrecht bestellten Advocaten Francke wegen der gerügten Mängel und der überhaupt in formeller und materieller Hinsicht mangelhaften Führung der ihm anvertrauten Sache hiemittelst ein Verweis ertheilt und demselben aufgegeben, in der nächsten Parteienstube eine andere gehörig ausgearbeitete Exceptionsschrift einzubringen, auch dem seiner Gegenpartei constituirten Sachwalter an Honorar für die Replik 8 ℳ zu vergüten.

Gegen dieses Erkenntniß supplicirte der Beklagte und beantragte, daß die Einlassung auf die Klage den Umständen nach für genügend anerkannt, das angefochtene landvogteiliche Decret also wiederum aufgehoben und dem **judex a quo** aufgegeben werden möchte, in der Sache zu erkennen, was Rechtens. Eventuell wurde vom Advocaten Francke gebeten, daß das fragliche Decret, soweit es ihn beträfe, wieder aufgehoben werden möchte.

Es erfolgte hierauf der nachstehende obergerichtliche Bescheid:

> Auf die **sub præs.** den 27. September v. J. hieselbst eingereichte Supplicationsschrift des Marx Peut aus Norddeich, Beklagten und Supplicanten, wider die Wittwe des Hans Bruhn, weiland in Reinsbüttel, Stiencke, geb. Peters, zu Hellschen, c. c., Klägerin, jetzt Supplicatin, betreffend hauptsächlich Räumung einer Kathe, jetzt die Aufhebung des landvogteilichen Cassationsdecrets vom 1. September v. J.,
>
> wird,
>
> in Erwägung, daß die Klägerin zufolge ihrer in **replicis pag.** 31 enthaltenen Erklärung eine vindicatorische Klage hat anstellen wollen, als wofür auch Beklagter selbst laut Exceptionsschrift § 1 dieselbe angesehen, daß demnach der in **supplicatorio** an der Klage gerügte Mangel einer näheren Zeitangabe rücksichtlich der angeblich eigenmächtigen Besitznahme der Kathe, welcher nur für die **intra annum** anzustellende Spolienklage relevant sein würde, keine rechtliche Erheblichkeit hat;
>
> in Erwägung, daß der Beklagte auf die der Klage zum Grunde gelegten thatsächlichen Behauptungen, namentlich die behauptete Vererbung der Kathe von der Antje Paulsen, geb. Groth, auf deren Namen dieselbe noch steht, auf deren beide Töchter, von der Einen dieser beiden auf die Andere und von der Längstlebenden auf die Klägerin, sowie ihre zwei Geschwister, welche letzteren zu Gunsten der Klägerin auf ihren Antheil angeblich verzichtet haben, keineswegs sich vorschriftsmäßig deutlich und bestimmt eingelassen, vielmehr sich darauf beschränkt hat, eigenbeliebige, in der Klage gar nicht enthaltene Thesen hinzustellen und zu negiren;
>
> in Erwägung, daß es zur Pflicht der richterlichen Proceßleitung gehört, die gehörige Streitbefestigung zu überwachen, und daher von Amtswegen auf bessere Einlassung erkannt wird;
>
> in Erwägung dagegen, daß die Abfassung der eigentlichen Einreden dem freien Ermessen der Partei anheimgestellt bleibt und auch einer Armenpartei gegenüber der Richter sich innerhalb der Gränzen der Verhandlungsmaxime zu verhalten, mithin Instructionen nicht zu ertheilen, sondern die Einreden, so wie sie vorgebracht sind, zu beurtheilen und, wenn sie nicht gehörig begründet oder unklar abgefaßt sind, dieselben abzuerkennen oder **ad separatum** zu verweisen hat;
>
> in Erwägung, daß die Verordnung vom 6. Novbr.

1782 § 11 den Landvogt allerdings ermächtigt, wegen zu genereller Litiscontestation wider den Advocaten Brüche zu erkennen, und der erkannte Verweis als das **minus** zu betrachten steht, daß dagegen die Verurtheilung in die Kosten der vermeintlich frustrirten Replik mit dem Bestehenbleiben der gewechselten Schriften wegfällt, jedoch die eventuelle demnächstige Verurtheilung der beklagten Partei in die verursachten Kosten der weiteren Verhandlung vorbehalten bleibt,

hiedurch zum Bescheide gegeben:

daß der angefochtene Bescheid der Königl. Norderdithmarscher Landvogtei vom 1. Septbr. v. J. bis auf den darin ausgesprochenen Verweis aufzuheben und dem Beklagten, jetzt Supplicanten, anzubefehlen sei, sich in einem bei der Landvogtei innerhalb 14 Tage ab ins. huj. anzubringenden Termine besser, als geschehen, auf die Klage einzulassen.

Urkundlich rc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 12. Februar 1855.

Dritter Fall.

Die Wittwe Catharina Fuhlendorf zu Bentfurth bei Struvenhütten ist **ex testamento** Universalerbin ihres Ehemannes geworden und hatte ein Nachlaßproclam extrahirt, auf welches Chr. Hinr. Greve aus Kaltenkirchen **sub passu I, II** und **III** Forderungen von 2260 ℔ 4 ß v. Cour., 500 ℔ und 1000 ℔ v. Cour. oder 1205 ℛ 45 ß, 266 ℛ 64 ß und 533 ℛ 32 ß R.-M. aus verschiedenen angeblichen Geschäftsführungen für den Verstorbenen profitirt hatte, namentlich für Reisen und Renumeration gehabter Bemühungen.

Diese Professa wurden auf Verlangen der Wittwe Fuhlendorf zur Specialjustification verwiesen und Greve machte darauf seine Justification beim Amthause anhängig, wurde aber dort in Folge der von der Fuhlendorf vorgeschützten Einrede des unzuständigen **fori**, weil die Justification verfassungsmäßig beim Segeberger Amtsgerichte auszubringen gewesen sei, abgewiesen.

Seine dagegen erhobene Supplication sammt Restitutionsgesuch hatte den Erfolg, daß er unterm 4. Juli 1853 auf die Supplication abschläglich beschieden, der Restitutionsbitte jedoch Statt gegeben wurde.

Er hat dann beim Segeberger Amtsgerichte Ladung impetrirt, welche zum 3. Octbr. 1853 abgegeben wurde.

Die Wittwe Fuhlendorf suchte, weil ihr Anwalt durch Suspension temporair verhindert sei, um Aussetzung bis zur Osterjuridica 1854 nach, welche unterm 30. September 1853 bewilligt wurde.

Unterm 18. März v. J. suchte die Fuhlendorf aus demselben Grunde und weil sie angeblich damals an dem von ihr gewünschten persönlichen Auftreten im Gericht behindert sei, um abermalige Terminsaussetzung nach, welche per Decret vom 18. März v. J. auf den 2. October v. J. bewilligt, zugleich jedoch zu erkennen gegeben wurde, daß Justificatin weitere Fristerstreckungen in dieser Beziehung nicht zu gewärtigen habe.

Dessenungeachtet reichte die Fuhlendorf am 15. September v. J. ein drittes Dilationsgesuch beim Amtsgerichte ein, um Aussetzung der Verhandlung bis zur Osterjuridica d. J., welche Bitte blos mit der Hoffnung motivirt ward, daß ihr Advocat in der Zwischenzeit wiederum zur Praxis zugelassen werden würde.

Auf dieses Gesuch decretirte das Amtsgericht unterm 16. September v. J., daß die erbetene fernere Dilation, unter Hinweisung auf das Decret vom 18. März v. J., nicht bewilligt werden könne.

Gegen diesen Bescheid legte die Fuhlendorf das Rechtsmittel der Supplication ein, zeigte aber demnächst unterm 22. October v. J., nachdem die Michaelisjuridica vorübergegangen, an, daß sie das Rechtsmittel fallen lasse, da nun doch die Verhandlung erst in der Osterjuridica 1855 vor sich gehen könne.

Das Amtsgericht theilte diese Anzeige per Decret vom 23. October v. J. dem Greve mit und fügte hinzu, daß dem Letzteren die Gerechtsame reservirt werde, auf Kosten der Justificatin auf Anberaumung einer außerordentlichen Sitzung des Amtsgerichtes anzutragen.

Wiederum gegen dieses Decret ist dann von der Fuhlendorf das Rechtsmittel der Supplication eingewendet, welches sie mittelst dreier verschiedenen, im Wesentlichen gleichlautenden, auf die verschiedenen **passus I, II** und **III** des Professionsprotocolls bezüglichen Supplicationsschriften eingeführt hat, sich darüber beschwerend, daß ohne Antrag des Gegentheils ein für sie mit Kosten bedrohender, außerordentlicher Termin in Aussicht gestellt sei, daß schon das Decret vom 18. März v. J., welches die dritte Dilation im Voraus abgesprochen, obgleich zufolge langbewährter Praxis im ordentlichen Processe erst die dritte Frist als peremtorisch gelte, eine Nullität enthalten habe, und daß der Gegner, welcher selbst Vergleich gewünscht, sich seinerseits über die Dilationen gar nicht beschwert habe. Ihr ist aber am 2. März d. J. unter Verurtheilung

zur Erlegung einer Brüche von 16 ℳ R.=M. wegen frivolen Proceſſirens, ſowie zur Erſtattung der Koſten der eingezogenen Gegenerklärungen, ein abſchlägiger Beſcheid ertheilt worden, und gewiß mit vollkommenem Recht.

Daß keine Partei zu verlangen berechtigt iſt, daß der Verhandlungstermin dreimal, auch ſelbſt beim Mangel genügender Gründe, dilatirt werde, iſt ebenſo gewiß, als es klar zu Tage liegt, daß die Supplicantin, zumal da ihr bereits zu erkennen gegeben war, daß ſie weitere Prorogationen nicht zu gewärtigen habe, ſich nicht darüber beſchweren durfte, daß ſie mit ihrer der genügenden Begründung gänzlich ermangelnden Bitte um abermalige Dilation kein Gehör gefunden.

Es wäre nun allerdings richtiger geweſen, wenn das judicium a quo dem Rechtsmittel, welches die Supplicantin gegen den ihr auf das Dilationsgeſuch ertheilten abſchlägigen Beſcheid einwandte, den Suspenſiveffect verſagt hätte, denn das Rechtsmittel vereitelte ſonſt unwiederbringlich den Zweck des proceßleitenden Decrets, weitere Protrahirungen des Proceſſes zu verhindern, und daß in ſolchem Falle das judicium a quo berechtigt war, ohne Rückſichtsnahme auf das eingelegte Rechtsmittel den Proceß ſeinen weiteren Fortgang nehmen zu laſſen, läßt ſich nicht bezweifeln, wie denn auch die Nothwendigkeit der Verweigerung des Suspenſiveffects in dieſem Falle recht evident hervorgetreten iſt, indem die Supplicantin, als ſie ihren Zweck durch das eingelegte Rechtsmittel erreicht ſah, daſſelbe zurücknahm und es damit recht augenſcheinlich machte, wie ſie mit derſelben Procedur ſpäter noch zum vierten und fünften Male, ja in alle Ewigkeit Dilationen erlangen und es ſo dahin bringen könne, daß die Sache überhaupt nie zur Verhandlung komme, wenn nicht dem Rechtsmittel der Suspenſiveffect verſagt werde.

Daß es aber der Supplicantin keine begründete Veranlaſſung zur Beſchwerdeführung geben konnte, wenn das Amtsgericht, um weiteren frivolen Protrahirungen vorzubeugen, bei Mittheilung der Anzeige von der Zurücknahme des eingelegten Rechtsmittels ein Reſervat hinzufügte, wodurch die Anberaumung einer außerordentlichen Sitzung des Amtsgerichts in Ausſicht geſtellt wurde, läßt ſich nicht erkennen, und in dieſer Beziehung heißt es gewiß mit Recht in den Entſcheidungsgründen des obergerichtlichen Beſcheides:

in Erwägung ferner, daß das Segeberger Amtsgericht zwar, nachdem die von der Supplicantin bereits länger als Ein Jahr ohne alles haltbare Motiv verurſachte Protrahirung der Sache beſeitigt war, auf Grund des urſprünglichen Antrags des Juſtificanten vermöge richterlicher Proceßdirection einen Verhandlungstermin zur nächſten juridica hätte anſetzen können, daß es aber durch die Rückſicht auf das aus dem Beſcheide vom 16. Septbr. v. J. hervorgehende Recht des Juſtificanten, einen früheren Verhandlungstermin als den der nächſten ordentlichen juridica zu beanſpruchen, völlig gerechtfertigt war, den desfälligen Antrag des Juſtificanten anſtatt ſofortiger gerichtsſeitiger Anberaumung des Termins zu gewärtigen;

in Erwägung, daß der im Beſcheide vom 23. October v. J. ausgeſprochene Vorbehalt des Rechts des Juſtificanten, einen früheren außerordentlichen Termin auf Koſten der Supplicantin zu beantragen, noch keine Entſcheidung über das vorbehaltene Recht enthält, vielmehr der Supplicantin, wenn ſie dieſes Recht beſtreiten zu können vermeint, unbenommen war, dem desfälligen Antrage des Juſtificanten demnächſt, nachdem ſelbiger geſtellt ſein würde, beim Amtsgerichte zu contradiciren, als worauf das Amtsgericht, da vorher ein beiderſeitiges Gehör nicht ſtattgefunden, ſowohl pro als contra, zu entſcheiden annoch völlig ermächtigt war;

in Erwägung daher, daß die eingewendete Supplication gegen einen die Rechtskraft nicht beſchreitenden Beſcheid als ordentliches Rechtsmittel unzuläſſig und daß dieſelbe ebenſo wenig als einfache Querel anhero erwachſen iſt, weil die nach Analogie des § 76 der Inſtruction des Oberappellationsgerichts vom 15. Mai 1834 zuvor in inferiori zu verſuchende Gegenvorſtellung unterblieben iſt.

Einrede der Documentenedition nach der in Norderdithmarſchen beſtehenden Praxis. — Eine Quittung iſt keine gemeinſchaftliche Urkunde. — Das Nachſuchen einer Dilation mit Beziehung auf eine in dem angefochtenen Erkenntniſſe enthaltene Auflage innerhalb der Interpoſitionsfriſt involvirt keinen Verzicht auf das eingelegte Rechtsmittel.

In Sachen des Untergerichtsadvocaten L. L. Francke in Heide, mand. noie. des Schieferdeckers Joh. Hinr. Graaf auf St. Pauli, Klägers und Supplicanten, wider den Maurermeiſter J. H. Tietz in Heide, Beklagten und Supplicaten, hauptſächlich wegen einer Reſtſchuld von 232 ℳ R.=M.,

ergeben die Acten:

Der Kläger hat **mand. noie.** des Schieferdeckers Johann Graaf auf St. Pauli den Beklagten wegen Zahlung einer Restschuld von 232 ℳ belangt und zur Begründung seiner Klage im Wesentlichen angeführt: Ihm sei vom Beklagten der Auftrag geworden, ein Haus in Hastedt, dessen Bau derselbe übernommen, mit Schiefer zu decken. Nach Ausführung dieses Auftrages habe Beklagter das an ihn abgelieferte Dach für gut angenommen, auch die ihm für die Schieferdeckung zugestellte Rechnung von 464 ℳ genehmigt, sowie die Hälfte dieser Rechnung an den Kläger auszahlen lassen und ihm versprochen, die andere Hälfte binnen vier Wochen zu zahlen. Dieses Versprechen habe Kläger acceptirt und dem Beklagten eine Quittung **d. d.** 16. December 1854 hierüber mit dem der Quittung am Schlusse hinzugefügten Bemerken zugestellt, daß die andere Hälfte 4 Wochen **a dato**, mithin den 16. Jan. 1855, fällig sei. Diese Quittung habe Beklagter ohne alle Gegenbemerkung entgegengenommen, zur Verfallzeit indeß keine Zahlung geleistet, vielmehr behauptet, daß er Auslagen u. s. w. für den Kläger gehabt, nach deren Abzug dem Kläger nur 2 ℳ 64 ß zukämen. Kläger, indem er in Abrede stellte, daß Beklagter Auslagen für ihn gehabt habe, richtete seinen Antrag dahin:

> daß Beklagter schuldig erkannt werde, dem Kläger die libellirte Restforderung von 232 ℳ R.-M. nebst Verzugszinsen zu bezahlen und die Kosten zu erstatten.

Im Termin der Verhandlung hat Beklagter die die Klage begründenden Documente gefordert und insbesondere, da der Klage ein Rechnungsverhältniß zum Grunde liege, die Edition der dem Kläger ertheilten Zollquittungen für eingeführte Kupfer- und Bleinägel, sowie für eingeführtes Blei und eingeführten Dachschiefer, imgleichen derjenigen Quittungen, welche Kläger gegen Zahlung der Transportkosten von Hamburg nach Hohenhein für Dachschiefer erhalten.

Kläger hat nun um Abweisung dieses Antrages gebeten, weil die Documente, deren Edition verlangt worden, nicht mit gehöriger Bestimmtheit, namentlich nach Jahr und Tag, bezeichnet, auch nicht angegeben worden, in welchem Zusammenhange sie mit dem streitigen Gegenstande ständen, und es überdies zweifelhaft sei, ob jene Documente im Besitze des Mandanten des Klägers sich befunden. Auf jeden Fall behielt Kläger sich eine nähere Erklärung über die fraglichen Documente vor, bis er durch Correspondenz mit seinem Mandanten näher darüber unterrichtet sei, ob derselbe sich jemals im Besitze der verlangten Documente befunden habe, und erbat sich behufs einer Erklärung hierüber eine vierzehntägige Frist. Zugleich beantragte er die Edition der in der Klage bezeichneten und in Händen des Beklagten befindlichen Quittung mit dem Bemerken, daß letztere eine gemeinschaftliche Urkunde sei, indem sie nicht bloß die Empfangsbescheinigung über die Hälfte der klägerischen Rechnungsforderung, sondern auch die Bestimmung der Zahlungsfrist für die andere Hälfte dieser Forderung enthalte und Beklagter durch die Entgegennahme der Quittung die ihm darin gestellte Zahlungsfrist anerkannt habe.

Nachdem **duplicando** bestritten worden, daß die fragliche Quittung als ein gemeinschaftliches Document anzusehen sei, hat die Norderdithmarscher Landvogtei mittelst Bescheides vom 11./18. Mai v. J. den Kläger mit seinem Antrage, so weit er die Edition einer angeblich im Besitze des Beklagten befindlichen Quittung betrifft, abgewiesen und demselben aufgegeben, sich über die von dem Beklagten beantragte Edition der speciell genannten Documente in einem auf den 25. Mai angesetzten Termin annoch näher zu äußern.

Gegen diesen Bescheid hat Kläger, nachdem ihm auf seinen desfälligen Antrag vom 24. Mai eine dreiwöchige Dilation zur Erklärung über die Documente qu. bewilligt worden, supplicirt und sich darüber beschwert:

1) daß Supplicat mit seinem Antrage auf Documentenedition, insofern derselbe sich auf solche Documente beziehe, welche zur unmittelbaren Begründung der Klage nicht benutzt und daher derselben nicht angelegt waren, nicht sofort abgewiesen, sondern dem Supplicanten aufgegeben sei, sich über die Documentenedition noch näher zu erklären;
2) daß Supplicant mit seinem Antrage auf Edition der fraglichen Quittung abgewiesen und Supplicat nicht vielmehr zur Edition verurtheilt worden.

Der Supplicat hat die Zulässigkeit der zur Hand genommenen Supplication in zwiefacher Beziehung angefochten, indem einestheils Supplicant durch die ihm ertheilte, erst jetzt dem Supplicaten mitgetheilte Vollmacht lediglich potestivirt worden, eine liquide Forderung zum Betrage von 232 ℳ wider den Beklagten geltend zu machen, die eingeklagte Forderung aber keineswegs eine liquide sei, anderntheils Supplicant durch den von ihm eingereichten Antrag um Dilatirung das von ihm angefochtene Decret als ein rechtsbeständiges anerkannt habe und es ihm hinterher nicht mehr freistehe, dasselbe anzufechten.

Nach Inhalt der dem Supplicanten ertheilten Vollmacht kann es indeß nicht zweifelhaft sein, daß er zur gerichtlichen Einklagung eben derjenigen 232 ℳ, welche den Gegenstand des vorliegenden Streits bilden, be-

auftragt worden ist, und mit Rücksicht auf die darin enthaltene, hinreichend deutliche Bezeichnung des Streitgegenstandes kann es die Legitimation des Supplicanten nicht beeinträchtigen, daß die fragliche Forderung irrthümlich als eine liquide benannt worden.

Auch läßt sich daraus, daß Supplicant den in dem abgegebenen Bescheid angesetzten Termin, bevor er die Supplication einlegte, hat dilatiren lassen, nicht folgern, daß er auf die Einlegung eines Rechtsmittels dadurch verzichtet hat, indem Verzichte nicht zu präsumiren sind, Supplicant sich aber die Dilation für den möglichen Fall hat ertheilen lassen können, daß er es vor Ablauf des gesetzlichen **decendii** vorziehen sollte, ein Rechtsmittel wider das abgegebene Decret nicht einzulegen und die Fassung eines Entschlusses hierüber ihm bis zum Ablauf des gesetzlichen **fatale** freigestanden hat. Da sich demnach die Einwendungen gegen die Supplication als unbegründet darstellen, so steht mit Rücksicht auf die Prüfung der Supplicationsbeschwerden zur Frage:

1) ob diejenigen Documente, deren Edition verlangt wird, als die Klage begründende anzusehen sind, und

2) ob eine Quittung, **in specie** die in Rede stehende, den gemeinschaftlichen Documenten beizuzählen ist.

In Erwägung nun, daß nach der in Norderdithmarschen bestehenden anerkannten Praxis der Kläger nicht, wie nach gemeinrechtlicher Praxis, sämmtliche den Streitgegenstand direct oder indirect betreffenden Urkunden, welche er besitzt oder durch Andere besitzen läßt, sondern lediglich die die Klage begründenden Documente vor der Einlassung zu ediren hat und der Beklagte die Editon sonstiger Documente zu verlangen nur dann berechtigt ist, wenn dafür die Bedingungen des gemeinen Rechts und der Landgerichtsordnung vorliegen; *)

in Erwägung, daß aber die speciellen Documente, deren Edition vom Beklagten verlangt wird, vom Kläger zur Begründung seiner Klage nicht benutzt worden, selbige auch, da Kläger seinen Anspruch auf die Behauptung der unternommenen Ausführung eines ihm vom Beklagten ertheilten Auftrags, ein Dach mit Schiefer zu decken, sowie der von Seiten des Beklagten erfolgten Anerkennung und theilweisen Berichtigung einer hierüber formirten, der Klage nicht zum Grunde gelegten Rechnung fundirt hat, als Documente, auf welche die Klage sich stützt, nicht angesehen werden können, Kläger mithin in Folge seiner processualischen Stellung als solcher zur Edition der gedachten von ihm verlangten Documente nicht verbunden ist und daher die erste der von ihm aufgestellten Beschwerden als begründet erscheint;

in Erwägung, daß dagegen die damit verbundene zweite Beschwerde auf Berücksichtigung keinen Anspruch machen kann, indem eine Quittung ihrem Inhalte nach nicht bestimmt ist, gegenseitige Rechte unter den Parteien festzustellen, sondern nur einseitig dem Schuldner zur Sicherheit zu dienen, daß eine von ihm berichtigte Schuld nicht wiederum gegen ihn geltend gemacht werde, und mithin eine Quittung, da Niemand außer dem Inhaber befugt ist, sie einzusehen oder zu benutzen, als ein gemeinschaftliches Document nicht angesehen werden kann,

in Erwägung, daß auch nicht einzusehen ist, wie die vom Kläger der in Rede stehenden Quittung einseitig hinzugefügte Notiz über die Fälligkeit der angeblichen Restschuld geeignet sein sollte, dem Documente die Eigenschaft einer gemeinschaftlichen Urkunde zu verleihen, da eine derartige einseitige Notiz für den Beklagten ohne alle rechtliche Wirkung ist und von einer stillschweigenden Anerkennung dieser Notiz Seitens des Beklagten deshalb nicht die Rede sein kann, weil eine Verpflichtung für denselben, sich hierüber zu äußern, nicht vorlag,

wird auf die **sub. præs.** den 11. Juni d. J. hieselbst eingegangene Supplicationsvorstellung und Bitte des Supplicanten, nach eingezogener Gegenerklärung, **sub præs.** den 29. August d. J., unter Aufhebung des angefochtenen Landvogteibescheides vom 11. Mai d. J., von Obergerichtswegen hiemittelst zum Bescheide ertheilt:

daß Beklagter mit seinem Antrage auf Documentenedition, namentlich auch auf Edition der speciell von ihm bezeichneten Zoll- und Transportquittungen, abzuweisen, Kläger gleichfalls mit seinem Gegenantrage auf Edition einer angeblich im Besitz des Beklagten befindlichen Quittung vom 16. Decbr. v. J. nicht zu hören, unter Compensation der Kosten.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 13. Decbr. 1855.

---

*) Vgl. Holst. Anzeigen von 1855, S. 173.

Ueber die Eidesleistung im Fall mehrerer Litisconsorten.

In Sachen des Käthners Jochim Lucks in Ottendorf, Beklagten und Supplicanten, wider die Ehefrau Margaretha Springe, geb. Rehde, c. c. m. in Sucksdorf, die Ehefrau Maria Hanemann, geb. Rehde, c. c. m. in Alt-Wittenbeck, die Ehefrau Christina Sell, geb. Bandholz, c. c. m. in Sucksdorf, die Ehefrau Elisabeth Köpcke, geb. Witthöft, c. c. m. in Alt-Wittenbeck, den Käthner Jürgen Lucks in Russee, Anna Christina Lucks in Russee, c. c., Anna Catharina Lucks, c. c., in Meimersdorff, und die Ehefrau Margaretha Holtzhaus, c. c. m. in Hassee, Kläger und Supplicaten, wegen verlangter Auslieferung eines Schuldscheins, jetzt Supplication,

ergeben die Acten:

Die Erben des Käthners J. D. Witthöft in Viehdamm haben gegen den Käthner J. Lucks in Ottendorf bei dem Cronshagener Amthause auf Auslieferung eines Wechsels über 200 ℔ v. Cour. geklagt, welcher ihrem Erblasser gehört und welchen Beklagter in Händen habe. Letzterer räumte den Besitz des Documentes ein, berief sich aber auf eine geschehene Schenkung und es ward ihm daher der Beweis auferlegt: daß der Erblasser der Kläger ihm den fraglichen Wechsel mit der Erklärung übergeben habe, daß er ihm denselben schenke und daß das Capital sein, des Beklagten, Eigenthum sein solle. Beklagter trat den Beweis durch Eideszuschiebung an. Die meisten Kläger acceptirten den zugeschobenen Eid als Glaubenseid, die Mitkläger, Bauervogt Repenning und Rademacher Murfeldt, als Vormünder der unmündigen Kinder des verstorbenen M. Witthöft, dagegen erklärten, daß sie wegen mangelnder Kunde der in Betracht kommenden Umstände nicht Willens seien, den Eid abzuleisten. Dabei wurde jedoch bemerkt, daß es, da alle übrigen Mitkläger schwören wollten und das Streitobject untheilbar sei, auf den Eid der beiden Mitkläger nicht weiter ankommen würde, event. wollten sie den Eid referiren.

Der Beklagte wies in seiner eingezogenen Erklärung über diese Vorstellung darauf hin, daß die Kläger sich als Litisconsorten vereinigt hätten, und als solche, eben weil der Gegenstand des Processes, wie sie selbst sagten, untheilbar sei, sich darüber vereinigen müßten, ob sie alle schwören oder alle den Eid zurückschieben wollten. Die Weigerung auch nur eines einzigen Litisconsorten mache die Uebrigen sachfällig. Ebenso wenig könnten einige der Streitgenossen den Eid zurückschieben, wenn einige schwören wollten. Da nun die mitklagenden Vormünder erklärt hätten, nicht schwören zu wollen, ihr Versuch aber, für ihren Theil den Eid zu referiren, als rechtlich unstatthaft ohne allen Einfluß auf die Sachlage sei, so sei der Beweis des Beklagten geführt, daher die Klage abzuweisen.

Von dem Amthaus wurde hierauf durch Decret vom 5. Februar 1853 zum Bescheide gegeben, daß die Delaten sich nunmehr binnen 14 Tage ab. ins. den Rechten gemäß darüber zu erklären hätten, ob sie sämmtlich den Eid acceptiren oder referiren oder ihr Gewissen mit Beweis vertreten wollten.*)

Die Kläger reichten nun am 15. März s. J. eine Vorstellung ein, worin sie erklärten, es sei eine Verständigung unter ihnen dahin zu Stande gekommen, daß die Vormünder Repenning und Murfeldt tut. noie. auf die erhobenen Ansprüche an den Beklagten verzichtet und erklärt hätten, daß sie demnach den gegen den Beklagten eingeleiteten Rechtsstreit ihrerseits fallen ließen. Durch diesen Schritt würden die Rechte der übrigen Kläger gegen den Beklagten in keiner Weise afficirt und es finde nach dem Rücktritt der bisherigen beiden Mitkläger eine Differenz unter den Klägern rücksichtlich der über den deferirten Eid abzugebenden Erklärung nicht mehr Statt. Die noch übrig bleibenden Kläger acceptirten daher wiederholt den fraglichen Eid und bäten um Anberaumung eines Termins zur Ableistung desselben.

Der Beklagte zeigte in seiner eingezogenen Erklärung darauf hin, daß die Kläger der Auflage des Decrets vom 5. Februar 1853 nicht genügt, sondern nur in anderer Gestalt ihre frühere Erklärung wiederholt hätten, so daß der zugeschobene Eid jetzt unzweifelhaft als verweigert zu betrachten sei. Denn es sei feststehender Grundsatz, auch bereits von dem Amthause anerkannt, daß Streitgenossen bei Untheilbarkeit des Objects einen zugeschobenen Eid entweder sämmt-

---

*) Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß der Gegenstand des Streites ein Wechsel, mithin ein untheilbares Object ist, mehrere Litisconsorten aber in diesem Falle nach anerkannter Praxis über einen deferirten Eid sich gleichmäßig erklären müssen, daß aber die Vormünder der unmündigen Kinder des verstorbenen M. Witthöft den Eid referirt haben, während die übrigen Kläger denselben acceptiren; und

in Erwägung, daß, wenn Delat sich über einen deferirten Eid überall nicht erklart, freilich der Beweis als vom Deferenten geführt angesehen wird, diese Strafe der Contumaz hier aber nicht eintreten kann, da Delaten allerdings beabsichtigt haben, sich in gehöriger Weise zu erklären, und nur durch eine irrige Rechtsansicht dahin gebracht sind, dieses nicht in der erforderlichen Art nach vorher unter sich hergestellter Einigkeit zu thun.

lich annehmen und leisten oder ihn zurückschieben müßten, sie würden sämmtlich sachfällig, wenn sie diese Pflicht nicht erfüllten. Da nun die Vormünder der Witthöftschen Kinder zurückgetreten wären, sei es völlig gleichgültig, ob die übrigen Kläger schwören wollten, oder nicht, da sie allein die Sache nicht fortsetzen könnten. Er beantrage daher die Abweisung der Klage **ref. exp.**

Das Amthaus hat hierauf mittelst Decrets vom 28. März v. J. den Beklagten mit seinem Antrage abgewiesen und Termin zur Leistung des acceptirten Eides anberaumt.*)

Hiegegen hat Beklagter supplieirt und sich beschwert, daß nicht der ihm auferlegte Beweis für geführt und auf Abweisung der Kläger **ref. exp.** erkannt sei.

Da in Betreff der Formalien des zur Hand genommenen Rechtsmittels nichts zu erinnern ist, steht zur Frage, ob die erhobene Beschwerde für begründet erachtet werden kann.

In Erwägung nun, daß durch das Decret vom 5. Febr. 1853, welches übrigens des vorangegangenen Schriftwechsels unerachtet nur für ein proceßleitendes angesehen werden kann, nur festgestellt worden ist, daß eine gleichmäßige Erklärung der Supplicaten über den ihnen zugeschobenen Eid erfolgen müsse, indem es nicht gestattet werden könne, daß einige derselben den Eid annähmen, andere ihn zurückschöben, daß aber die Frage, ob der Eid von allen Supplicaten bei Vermeidung des Verlustes des Processes geleistet werden müsse, durch jenes Decret nicht hat erledigt werden sollen; und

in Erwägung, daß so wenig also dem Supplicanten aus dem gedachten Decrete ein Anspruch darauf erwachsen, daß alle Delaten, welche zur Zeit der Abgebung desselben vorhanden waren, den Eid jetzt ableisten oder zurückschieben, ebenso wenig ein solcher für ihn aus dem Umstande begründet ist, daß anfangs sämmtliche Erben des Käthners Witthöft mit Einschluß der Vormünder Repenning und Murfeldt klagend gegen ihn aufgetreten sind, indem, wie er im Anfang des Processes nicht verlangen und mittelst einer exceptio plurium litisconsortium durchsetzen konnte, daß alle Berechtigten gegen ihn aufträten, vielmehr damals verpflichtet gewesen wäre, mit einzelnen der Erben zu streiten, er so auch jetzt nicht beanspruchen kann, daß sie alle den Proceß gegen ihn fortsetzen und, wenn dies nicht geschieht, mit ihrer Klage zurückgewiesen werden, vielmehr die jetzt noch processirenden Witthöft'schen Erben vollkommen berechtigt sind, nach Ausscheiden der beiden Vormünder, welche sich durch ihr seitheriges Processiren nur in Betreff der etwanigen Kosten verantwortlich gemacht haben, den Proceß fortzuführen und durch ihren Eid, hinsichtlich dessen sie sich sämmtlich in gleichmäßiger Weise dem Verlangen des Amthauses entsprechend erklärt haben, zur Entscheidung zu bringen, wobei es dann freilich nach geleistetem oder verweigertem Eide zur Frage gelangen wird, ob es wirklich, wie seither angenommen worden ist, um ein untheilbares Object sich handelt und welche Wirkung einer nicht von sämmtlichen Litisconsorten geschehenen Eidesleistung in Beziehung auf den schließlichen Ausfall des Processes beigelegt werden kann,

wird, in Erwägung vorstehender Gründe, bei abschriftlicher Mittheilung der unterm 13. September d. J. eingegangenen Gegenerklärung, dem Supplicanten auf seine **sub præs.** den 23. Mai v. J. eingereichte Supplicationsschrift von Obergerichtswegen hiedurch

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt, derselbe auch schuldig erkannt, den Supplicaten die zu 12 ℞ R.-M. bestimmten Kosten ihrer Gegenerklärung binnen 4 Wochen **ab insin.** zu erstatten.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 17. December 1855.

---

*) Entscheidungsgründe:

In Betracht, daß die jetzigen Kläger durch die Erklärung ihrer früheren Mitkläger, des Bauervogts Repenning und des Altentheilers Murfeldt in Hassee, als Vormünder der unmündigen Kinder des verstorbenen Marr Witthöft, daß sie nämlich für ihre Mündel auf die erhobenen Ansprüche verzichten und den bereits angefangenen Proceß fallen lassen wollten, nicht schlechter gestellt werden können, als wenn die gedachten Vormünder von vorne herein diesen Verzicht ausgesprochen hätten, daß aber im Falle eines vor Anstellung der Klage ausgesprochenen Verzichtes der Beklagte mit einer exceptio plurium litisconsortium nicht zu hören gewesen sein würde, zumal da, falls man eine entgegenstehende Rechtsregel anerkennen wollte, die Kläger in der Verfolgung ihres Rechtes ganz von dem Willen Anderer abhängen würden, mit denen sie in einer communio incidens sein würden und die sie zur Verfolgung ihrer aufgegebenen Ansprüche in keiner Weise zwingen können.

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Henrici und Lucht.

Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

19. Stück. Den 12. Mai 1856.

Entscheidungen.

Der Schiedeseid ist im Ehescheidungsprocesse ein unzulässiges Beweismittel.

In Sachen der Ehefrau Anna Catharina Braasch, geb. Hamer, c. cur. in Klein=Gladebrügge, Klägerin und Debueentin, jetzt Appellantin, wider ihren Ehemann Asmus Braasch aus Groß=Rönnau, Beklagten und Debueten, jetzt Appellaten, hauptsächlich wegen Ehescheidung, jetzt gegen das Erkenntniß des Segeberger Consistoriums vom 25. Febrnar 1854;

ergeben die Acten:

Die jetzige Appellantin hat wider ihren Ehemann, den jetzigen Appellaten, bei dem Segeberger Consistorium eine Ehescheidungsklage erhoben, die sie, abgesehen von der jetzt nicht mehr in Betrachtung kommenden Behauptung eines dem Appellaten präsumtiv zur Last fallenden Ehebruchs, auf folgende Thatsachen begründet hat. Der Appellat, welcher gegen ihren Wunsch das von ihm reservirte Altentheil auf der früher von ihm besessenen Hufenstelle in Groß=Rönnan verkauft und die im adeligen Gut Jersbeck belegene sogenannte Scheidekathe wieder erstanden habe, sei, nachdem der stattgehabte Verkauf des Altentheils in Veranlassung der Einmischung des Vaters der Appellantin vom Segeberger Amthause für nichtig erklärt worden, in die größte Wuth gegen die Appellantin gerathen und habe von ihr verlangt, daß sie von ihrem Vater den zur Bestellung der Saat auf der Scheidekathe erforderlichen Hafer oder das benöthigte Geld zum Ankauf desselben herbeischaffen solle, welches zu thun sie sich jedoch geweigert habe, da sie gewußt, daß ihr Vater sich auf nichts einlassen werde. Am 29. April 1852, Morgens 4½ Uhr, habe nun der Appellat die Appellantin, welche ihr kleines Kind an der Brust gehabt, bei den Haaren aus dem Bette gerissen und habe ihr mit der geballten Faust dermaaßen ins Gesicht und auf die Brust geschlagen, daß vier Zähne davon losgegangen seien und die Appellantin sich später wegen der Schmerzen, die sie am ganzen Körper gefühlt, ärztlicher Behandlung habe unterwerfen müssen. Nachdem Appellat sie in dieser Weise mißhandelt, habe er der Appellantin erklärt, „es solle noch schlimmer werden; er wolle sie die Manneshand kennen lehren, daß sie daran denken solle." Appellat habe sie darauf mit ihrem Kinde zu ihrem Vater fahren lassen und ihr die Drohung mit auf den Weg gegeben, wenn sie nicht Geld und Saathafer mitbringe, so dürfe sie nicht wiederkommen, dann würfe er sie aus der Thür und könne sie mit ihren Kindern grasen, wo Kühe und Pferde gräseten. Ehe er mit ihr den Altentheil bezöge, schieße er sie todt; er verstehe mit Pulver und Blei umzugehen, das könne sie nur dem Kammerherrn und ihrem Vater sagen.

Nach stattgehabter Verhandlung vor dem Segeberger Consistorium ist von demselben unterm 28. October 1852 nachstehendes Beweiserkenntniß abgegeben:

> Könnte und würde Klägerin binnen Ordnungsfrist unter Vorbehalt der Gegenbeweise und der Eide rechtlicher Art nach darthun und erweisen, daß der Beklagte sie am 29. April d. J. auf die in der Klage behauptete Weise gemißhandelt und die in der Klage enthaltenen lebensgefährlichen Drohungen gegen sie ausgestoßen, so würde nach solchen geführten und nicht geführten Beweisen und Gegenbeweisen in der Hauptsache sowohl, als der Kosten wegen, weiter ergehen, was den Rechten gemäß.

Diesen Beweis hat die jetzige Appellantin durch Denominirung dreier Zeugen und Producirung zweier Documente, eines Briefes des jetzigen Appellaten und

eines Attestes des Dr. Marcus in Segeberg, angetreten und in ihrer Deductionsschrift der Gegenpartei zum Beweise der von ihr behaupteten lebensgefährlichen Drohungen den Schiedeseid deferirt.

Nach stattgehabtem Deductionsverfahren hat das Segeberger Consistorium am 25. Februar 1854 erkannt:

daß Klägerin das, was ihr durch Interlocut vom 28. Octbr. 1852 zu erweisen auferlegt, wie Rechtens nicht erwiesen, daher mit ihrer Klage abzuweisen sei, unter Compensation der Kosten.

Gegen dieses Erkenntniß hat Klägerin das Rechtsmittel der Appellation eingewandt, die üblichen Solemnien prästirt und folgende Beschwerden gestellt:

1) daß der Beweis für mißlungen erkannt;
2) daß dem Beklagten die von der Klägerin zur Hand genommene Eidesdelation nicht zur Erklärung mitgetheilt worden;
3) event. daß der Klägerin und Producentin nicht der Erfüllungseid auferlegt werden,

und steht demnach zur Frage, ob und in wie weit die aufgestellten Beschwerden begründet sind.

In Erwägung nun, daß in dem Beweiserkenntniß vom 28. Octbr. 1852, welches hier normgebend ist, sowohl die angeblich erlittenen Mißhandlungen, als auch die behauptete fernere Bedrohung copulativ zum Beweise verstellt ist und daß auch, abgesehen davon, daß das fragliche Erkenntniß die Rechtskraft beschritten, die behaupteten Drohungen keineswegs als irrelevante Thatsachen anzusehen sind, indem die in der Klage referirten Thätlichkeiten an und für sich nicht geeignet erscheinen, einen Antrag auf Ehescheidung zu begründen, sondern überall nur durch die hinzugefügten Drohungen einen lebensgefährlichen Charakter erhalten konnten;

in fernerer Erwägung, daß die Appellantin in ihrer Deductionsschrift selbst eingeräumt hat, daß die Aussagen der Zeugen und die producirten Documente hinsichtlich der behaupteten lebensgefährlichen Drohungen keinen Beweis lieferten und sie daher zur Eidesdelation ihre Zuflucht nehmen müsse, daß aber einer constanten Praxis zufolge der Schiedeseid ein zum Beweise eines Scheidungsgrundes unzulässiges Beweismittel ist *) und die erste und zweite Beschwerde sich darnach als unbegründet darstellen;

in schließlicher Erwägung, daß, wenn bei copulativer Beweisfassung der Beweis über einen Theil des Beweisthemas mißlungen ist, die ganze Beweisführung hinfällig ist, und daher es auf die Frage, ob und in wie weit die Appellantin hinsichtlich der behaupteten Mißhandlungen einen Beweis erbracht hat, nicht weiter ankommen kann, die dritte Beschwerde solchemnach gleichfalls verwerflich erscheint,

wird, auf eingelegte Recesse und Unterinstanzacten, nach stattgehabter mündlicher Verhandlung, in Erwägung vorstehender Gründe, hiedurch von Oberconsistorialgerichtswegen unter Remittirung der Sache für Recht erkannt:

daß das angefochtene Erkenntniß des Segeberger Consistoriums vom 25. Februar 1854 pure zu bestätigen, unter Verurtheilung der Appellantin in die Kosten dieser Instanz.

Wie denn solchergestalt hiedurch erkannt wird

V. R. W.

Urkundlich 2c. Publicatum im Königl. Holsteinischen Oberconsistorio zu Glückstadt, den 16. Juli 1855.

Auf hiegegen eingewandten Recurs ist dies Erkenntniß unter Bezugnahme auf die beigefügten Entscheidungsgründe vom Königl. Oberappellationsgericht bestätigt worden.

Einreden, welche dem wegen verweigerter Entrichtung von Officialgebühren abgegebenen Zahlungsbefehl opponirt werden, können nicht durch Eidesdelation zur Liquidität erhoben werden.

Der Kirchspielvogt Neuber in Eddelack hatte auf Verlangen des Hinrich Johann Hinrichs in Lehe ein Capital, welches Letzterer schuldete, den Creditoren gerichtlich kündigen lassen, und als Hinrichs sich weigerte, die hierdurch erwachsenen Kosten und Gebühren zu entrichten, einen Zahlungsbefehl wider denselben bei der Süderdithmarsischen Landvogtei impetrirt. Hiergegen kam Impetrat mit Einwendungen ein, indem er außer der Einrede der unrichtig gewählten Proceßart auch die Einrede des erschlichenen Mandats opponirte und letztere unter Eideszuschiebung auf die Behauptung stützte, daß von ihm bei Bestellung der Kündigung ausdrücklich verlangt worden, daß dieselbe vor dem 1. Juli vorgenommen werde, was nicht geschehen, indem vielmehr das Kündigungsdecret erst am 4. Juli insinuirt sei.

Die Landvogtei gab nach stattgehabtem Schriftenwechsel,

in Erwägung, daß die Einrede der unrichtig gewählten Proceßart für begründet nicht zu erachten,

*) Vgl. Jahrg. 1855 der Anzeigen, S. 300.

indem das angefochtene Mandat nicht nach dem durch die Verordnung vom 25. Juli 1781 normirten Proceßverfahren, sondern im Wege des gemeinrechtlichen unbedingten Mandatsprocesses implorirt und abgegeben ist, dessen Anwendbarkeit neben der Verordnung von 1781 außer allem Zweifel steht,

Francke, Proceß, II. § 78,

daß auch die im vorliegenden Falle präfigirte 4wöchige Paritionsfrist diesem nicht entgegen steht, da im gemeinrechtlichen Mandatsprocesse die Länge der Fristen gänzlich dem richterlichen Ermessen überlassen ist, ein Verfahren im s. g. vaterländischen Mandatsprocesse auch durchaus unzulässig gewesen wäre, da es sich hier nicht um Privatsachen, sondern um Eintreibung von Officialgebühren handelt,

S. H. Anz., Jahrg. 1837, S. 118,

indem ferner, wenn dem Imploranten herkömmlich und nach der Erklärung des Imploraten selbst das Recht der eignen Beitreibung der fraglichen Gebühren zusteht, es demselben um so mehr freistehen muß, den Weg des milderen Zwangsmittels durch Erwirkung eines Mandats zu erwählen, und auch die Erfordernisse des unbedingten Mandatsprocesses durch Producirung des Kündigungsinstrumentes als einer öffentlichen Urkunde vollkommen erfüllt sind;

in Erwägung sodann, daß die zur Begründung der **exceptio sub- et obreptionis** angeführte Behauptung, es habe der Implorat ausdrücklich bestellt, daß die fragliche Kündigung von dem Imploraten vor dem Monat Juli beschafft werde, abgesehen davon, daß einestheils kein durch die Vernachlässigung dieser Vorschrift entstandener oder zu befürchtender Nachtheil behauptet, geschweige denn nachgewiesen ist, wogegen die in dem betreffenden Contract beiden Theilen jederzeit freistehende Kündigung und der Umstand, daß diese Kündigung den resp. Creditoren am 4. Juli insinuirt und ohne Protestation von ihnen angenommen worden, sogar die Entstehung eines Nachtheils ganz unwahrscheinlich macht, mithin der Nachweis eines Interesses des Imploraten an der Erfüllung dieser Nebenbestimmung, der nicht der Character einer Bedingung beigelegt werden kann, fehlt, schon deshalb hier keine Berücksichtigung finden kann, weil zur Liquidirung derselben die im gemeinrechtlichen Mandatsprocesse durchaus unzulässige Eidesdelation gebraucht worden ist,

zum Bescheide:

daß, unter Verwerfung der vom Imploraten vorgeschützten Einrede der unrichtig gewählten Proceßart, das unterm 20. Juli 1854 abgegebene Zahlungsmandat pure bestätigt, Implorat aber mit der Einrede der Erschleichung **ad separatum** verwiesen und schuldig erkannt werde, dem Imploranten die Kosten dieses Processes zu erstatten.

Gegen dieses Erkenntniß legte Implorat das Rechtsmittel der Supplication ein, welches nachstehenden Bescheid zur Folge hatte:

Auf die **sub præs.** den 14ten November v. J. hieselbst eingereichte Supplicationsschrift für den Hofbesitzer H. J. Hinrichs in Lehe, Imploraten, **modo** Supplicanten, wider den Advocaten Paulsen in Meldorf, **mand. noie.** des Kirchspielvogts Neuber in Eddelack, Imploranten, **modo** Supplicaten, betreffend die Kosten einer gerichtlichen Kündigung, **modo** Supplication wider den Bescheid der Süderdithmarsischen Landvogtei vom 19./21. October v. J.,

wird, unter abschriftlicher Mittheilung der eingezogenen Gegenerklärung,

in Erwägung, daß die Vorschriften der sich nur auf Privatrechtsstreitigkeiten beziehenden Verordnung vom 25sten Juli 1781 keine Anwendung leiden auf den vorliegenden Fall, wo es sich um die Beitreibung amtlicher Gebühren handelt; und daß, wenn es auch dem Imploraten unbenommen bleibt, für den Fall, daß ihm wirklich durch ein Versäumniß des Beamten ein Schaden erwachsen wäre, seine vermeintlichen Ansprüche im geeigneten Wege Rechtens geltend zu machen, die von ihm vorgeschützte, sich auf die Behauptung, daß die Kündigung nicht rechtzeitig geschehen sei, stützende Einrede schon aus dem Grunde in diesem Verfahren keine Berücksichtigung finden kann, weil vom Imploraten nicht nachgewiesen worden, daß ihm ein Schaden wirklich verursacht worden, überdies auch die Eidesdelation in dem hier zur Frage stehenden Beitreibungsverfahren als ein liquides Beweismittel nicht angesehen werden kann; und

in Erwägung ferner, daß es dem Supplicanten keine begründete Veranlassung zur Beschwerde hat geben können, daß der Zahlungsbefehl bei der Süderdithmarsischen Landvogtei, als der ihm vorgesetzten richterlichen Behörde, extrahirt und ihm eine Frist von 4 Wochen bewilligt worden ist,

hiedurch von Obergerichtswegen

ein abschlägiger Bescheid ertheilt, Supplicant auch schuldig erkannt, die zu 19 ℛ R.-M. bestimmten Kosten der Gegenerklärung innerhalb 4 Wochen an den Supplicaten zu erstatten.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 1. Februar 1855.

Beglaubigte Abschriften öffentlicher Documente bilden keine genügende Grundlage für den unbedingten Mandatsproceß.

In Supplicationssachen der Erben des weil. Hufners Hinrich Finnern in Nahe, nämlich des Hufners Hinrich Wrage und statt des durante lite verstorbenen Setzwirths Michaels, des Eingesessenen Detlev Runge, als Vormünder des unmündigen Sohnes des genannten defuncti und der Ehefrau Ahrens, geb. Biehl, früher verwittweten Finnern, c. c. m., sämmtlich daselbst, Imploraten, jetzt Supplicanten, wider die Ehefrau Anna Margaretha Schümann, geb. Finnern, c. c. in Henstedt, Amts Segeberg, Implorantin, jetzt Supplicatin, principaliter in peto. debiti præt. liquidi 1250 ℔ v. Cour., jetzt 666 ℳ 64 ß R.-M., c. usur. et exp., modo gegen den Bescheid des Königl. Trittauer Amthauses vom 13./18. Nov. 1854,

ergeben die Acten:

Wittwe und Erben des weiland Hufners Hans Finnern in Nahe, Amts Trittau, haben durch Contract vom $\frac{\text{28. Februar}}{\text{2. April}}$ 1844 die ererbte Hufe an ihren Miterben Hinrich Finnern übertragen. Der mit veräußernden Schwester des Annehmers, Anna Margaretha Schümann, geb. Finnern, der inzwischen ebenfalls verwittweten Implorantin, wurden als ihr Erbtheil in den rückständigen Kaufgeldern 1250 ℔ v. Cour., jetzt 666 ℳ 64 ß R.-M., angewiesen.

Diesen Posten hat die Ehefrau Schümann am 19. Mai 1853 gerichtlich kündigen lassen und nach Ablauf der Kündigungsfrist auf Zahlung des Capitals sammt den pro 1851 bis 1853 und theilweise pro 1849/50 rückständigen Zinsen, wider die Vormünder des einzigen von dem im Jahre 1849 verstorbenen Hinrich Finnern nachgelassenen Sohnes, wie auch wider dessen Wittwe, demnächstige Ehefrau Ahrens, welche die Hufe in Setzwirthschaft bewohnt, gestützt auf eine beglaubigte Abschrift des obigen Contractes und des Kündigungsdocumentes, unterm 6. Februar v. J. bei dem Königl. Trittauer Amthause ein unbedingtes Mandat ausgebracht. Die Imploraten reichten Weigerungsgründe ein, indem sie das Mandat als erschlichen darstellten, weil

1) zur Begründung des Mandatsprocesses nicht eine bloße Copie der Verpflichtungsurkunde genüge,

2) weil der Contract vom $\frac{\text{28. Februar}}{\text{2. April}}$ 1844 auf verschiedene frühere Documente, nämlich ein dinggerichtliches Erkenntniß vom 10. Februar 1842, einen am 12. Octbr. 1843 vor dem Gerichtsprotocolle abgeschlossenen Vergleich und ein Schätzungsinstrument Bezug nehme. Da diese vorgängigen Documente nicht angelegt seien: so stelle sich der darauf gestützte Contract als referens sine relato dar;

3) weil zufolge § 6 des Contractes der Annehmer Hinrich Finnern an die Ehefrau Schümann, gleichwie an deren Geschwister wegen der denselben in den rückständigen Kaufgeldern angewiesenen Erbtheile besondere Obligationen habe ausstellen sollen, mithin der Contract überall nicht die Bestimmung habe, der Schümann als Schuldurkunde zu dienen, sondern nur als das die Ausstellung der Schuldurkunde vermittelnde Instrument.

In materieller Beziehung wurden sodann noch opponirt die

exceptio nondum natae actionis und exceptio solutionis partialis, sowie in omnem event. das Recht in Anspruch genommen worden ist, die eingeklagte Summe loco cautionis pro reconventione et expensis zum gerichtlichen deposito zu bringen.

In der eingezogenen Replik ist auf die exc. sub- et obreptionis entgegnet:

ad 1, daß die Vorlegung des Originals nur bei Privaturkunden, welche der Recognition bedürften, nöthig sei, daß überdies im vorliegenden Falle der Originalcontract, wie im Mandatsgesuche bereits angeführt worden, sich in Händen der Imploraten befinde, mithin der von der Nichtvorlegung des Originals entlehnte Einwand dolos sei;

ad 2, daß die Regel referens sine relato non probat hier nicht zutreffe, weil der Contract gerade zu dem Zwecke verfertigt sei, um einen selbstständigen Beweis über die gegenseitigen Gerechtsame der Parteien abzugeben;

ad 3, es sei eine dolose Ausflucht der Imploraten, sich auf eine angebliche, annoch nach dem Contracte ausgestellte Obligation zu berufen. Eine solche sei nie ausgefertigt worden. Wenn es gleich Aufgabe der Gegner gewesen wäre, ihre Einrede liquide zu machen, so wolle man doch durch einen der Replik beigefügten Attest der Trittauer Amtstube vom 9. Juni v. J. sofort darthun, daß die eingeklagten 1250 ℔ v. Cour. für die Schümann nicht protocollirt seien.

Auch die übrigen materiellen Einreden sind bestritten und zur Widerlegung derselben verschiedene illiquide nova vorgebracht. Demnächst hat das Königl. Trittauer Amthaus per decretum vom 13./18. Novbr. v. J. das unterm 4. April c. a. suspendirte Mandat vom 6. Febr. wiederum in Kraft gesetzt und die Imploraten befehligt, nunmehr innerhalb 14 Tage, bei Vermeidung der Pfändung, dem erwähnten Mandate

zu geleben, auch die de novo angeursachten Kosten zu erstatten. *)

Die Beklagten haben sich gegen dieses decisum supplicirend anhero gewendet und darüber beschwert:

1) daß nicht anstatt der Bestätigung des Mandates vom 6. Februar v. J. ein mandatum cassatorium erkannt sei, event.
2) daß nicht wenigstens in Ermangelung jeglicher andern Caution die Deponirung des Geldes gestattet sei, in omnem event.
3) daß nicht einmal die Widerklage vorbehalten sei.

Es steht demnach in Frage, ob die gegen das Mandat vom 6. Februar v. J. vorgebrachten Einreden, und zwar zunächst die formellen, hätten Berücksichtigung finden sollen.

In Erwägung nun, daß von den drei verschiedenen Argumenten, auf welche die exc. sub- et obreptionis gegründet worden ist, dasjenige allerdings unzutreffend erscheint, welches den Contract vom $\frac{\text{28. Febr.}}{\text{2. April}}$ 1844 wegen der darin erwähnten vorgängigen Verhandlungen als ein referens sine relato darstellen will, indem die aus den früheren Processen und Vergleichen resultirenden Rechte und Verbindlichkeiten gerade zum Zweck der Gewinnung einer selbstständigen Verpflichtungsurkunde in dem Contracte zusammengefaßt werden sollten, und in solchem Falle die etwanigen Acten und Urkunden für die Rechtsverbindlichkeit der Schlußacte nicht mehr zu bedeuten haben als etwanige sonstige Motive der Contrahenten;

in Erwägung dagegen, was die beiden anderen behufs Begründung der exc. sub- et obreptionis gerügten formellen Mängel betrifft, daß

1) durch Beibringung der beglaubigten Abschrift einer öffentlichen Urkunde allerdings vollständig bewie-

---

*) In den vorangestellten Entscheidungsgründen heißt es:

In Erwägung, daß bekannten Rechten nach die beglaubigte Abschrift einer öffentlichen Urkunde gleiche Beweiskraft wie das Original hat, indem die Beglaubigung selbst eine öffentliche Urkunde bildet, daß ferner, da der Contract vom $\frac{\text{28. Februar 1844}}{\text{2. April 1846}}$ bestimmt ist, den Inhalt der im Eingange desselben erwähnten, dem Mandatsgesuche nicht angelegten Acten und Schriftstücke in sich aufzunehmen und die Aufnahme derselben von Parteien durch ihre Namensunterschrift bezeugt ist, die früheren Actenstücke nicht in Betrag kommen und daher die Regel referens sine relato non probat hier nicht Platz greift, daß endlich, da die eingeklagte Schuld von 1250 ℳ v. Cour. durch den angezogenen Contract liquide dargethan ist, es nicht releviren kann, ob über diese Summe später noch eine, übrigens zufolge Attestats der Königlichen Trittauer Amtstube vom 9. Juni d. J. nicht existente, besondere Obligation ausgestellt worden ist oder nicht, solchemnach die formellen Gründen entlehnten Einwendungen der Imploraten zur Berücksichtigung nicht geeignet sind;

in fernerer Erwägung, daß die Imploraten die Einrede der verfrühten Klage und der Zahlung durch ein eingelegtes, in Veranlassung der Extradirung der Nachlaßmasse der weiland Altentheilerin Finnern unterm 18. Mai 1850 auf der Königl. Amtstube zu Trittau aufgenommenes Protocoll liquide zu machen gesucht haben, in welchem die imploratischen Vormünder den Anspruch erhoben haben, daß der Ehemann der Implorantin 750 ℳ v. Cour., welche er von dem weiland Vater ihres Pupillen ausbezahlt erhalten, auf seine — die jetzt eingeklagte — Capitalforderung von 1250 ℳ v. Cour. aus der Finnernschen Hufe abschreiben und tilgen lassen solle und der genannte Ehemann solches verweigert hat, indem er zwar eingeräumt, die erwähnte Summe erhalten zu haben, indessen behauptet hat, das Geld von der weiland Wittwe Finnern gefordert und von ihrem Sohne, dem weiland Hufner Finnern — dem Vater des imploratischen Pupillen — empfangen zu haben unter der ausdrücklichen Versicherung, daß, falls ihr, der weiland Wittwe Finnern Sohn, Claus den — im Uebrigen jetzt nicht beendigten — Proceß gegen sie gewinnen und 2250 ℳ v. Cour. aus der väterlichen Stelle erhalten sollte, während der Ehemann der Implorantin für seine Frau nur 1250 ℳ v. Cour. aus der väterlichen Stelle zugeschrieben erhalten hätte, die empfangenen 750 ℳ nicht als Abschlagszahlung auf die ihnen in der Finnern'schen Stelle zugesicherten 1250 ℳ v. Cour. angesehen werden sollten, vielmehr nur als eine abschlägige Zahlung auf diejenigen 1000 ℳ, welche er in dem vorerwähnten Falle, wenn Claus Finnern den Proceß gewinnen und 2250 ℳ v. Cour. aus der Stelle erhalten sollte, zur Gleichstellung mit demselben für seine Frau noch zu gewärtigen hätte;

in Erwägung jedoch, daß der Ehemann der Implorantin bei der gedachten Protocollverhandlung ausdrücklich es in Abrede gestellt hat, aus dem Vermögen des Hinrich Finnern, des Vaters des imploratischen Pupillen, die Summe von 750 ℳ v. Cour. als Abschlagszahlung auf die libellirten 1250 ℳ erhalten zu haben, und es eben so wenig aus dem fraglichen Protocoll mit Liquidität sich ergiebt, daß unter der Voraussetzung, daß die weiland Wittwe Finnern eine obsiegliche Entscheidung erstritte, die mehrerwähnten 750 ℳ v. Cour. als abschlägige Zahlung auf die jetzt eingeklagten 1250 ℳ v. Cour. angesehen werden sollten, solchemnach die Einrede der verfrühten Klage sowie der Zahlung, so weit sie sich auf das qu. Protocoll stützt, als illiquide zu verwerfen ist, daß ferner die zur Hand genommene Eidesdelation schon durch die Einräumungen der Implorantin hinfällig geworden, die eingelegte Quittung aber von keiner Relevanz ist, indem durch sie die behauptete Abschlagszahlung nicht erwiesen wird, daß endlich die angebotene gerichtliche Deponirung zur Zeit einer näheren Erwägung schon deshalb nicht zu unterziehen ist, weil die Deposition nur eventuell zu erfolgen hat und über das Fehlen einer anderweitigen hinreichenden Caution in den Acten nichts vorliege.

sen wird, daß das Original existirt und zur Zeit, als die Abschrift genommen ward, so, wie letztere angiebt, gelautet habe, daß auch in allen Proceßarten, in denen dem Beklagten vollständiges Gehör gewährt und der Beweis vom Gegenbeweise nicht getrennt wird, zur klägerischen Beweisaufgabe nur die Nachweisung gehört, daß die vom Kläger geltend gemachte Forderung rechtlicher Art nach entstanden sei; daß aber ausnahmsweise für den unbedingten Mandatsproceß, in welchem auf einseitiges Gehör und einseitigen Beweis hin sofort mit Befehlen eingeschritten wird und der Beklagte nur ein mehrfach beschränktes Gehör sich verschaffen kann, die klägerische Beweisaufgabe durch die Nachweisung der Entstehung seines Rechtsanspruches keineswegs erschöpft, vielmehr außerdem auch noch erfordert wird, daß Kläger sich zu der außerordentlichen Procedur durch die Nachweisung legitimire, daß die s. Z. entstandene Forderung noch gegenwärtig valitire und dem Kläger zuständig sei; und

in Erwägung, daß in diesem Sinne die Verordnung vom 25. Juli 1781 von dem Mandatsertrahenten die Verlegung von Hand und Siegel, d. h. der Originalschuldurkunde erfordert, demnach auch auf bloße Extracte aus dem Schuld= und Pfandprotocolle oder dem Contractenbuche in Gemäßheit der gedachten Verordnung keine unbedingten Mandate bewilligt werden sollen (cf. Rescript vom 4. Aug. 1825), weil eben solche Extracte keine Garantie dafür gewähren, daß nicht demnächst das Original weiter cedirt oder durch beschränkende oder aufhebende Zufälle und Consense geändert worden sei;

in Erwägung, daß diese den Richter bindende Proceßvorschrift keiner Ausnahme unterliegt, auch nicht für den Fall, wenn, wie Implorantin hier behauptet hat, die Originalurkunde sich in Händen der Imploraten befindet, indem vielmehr Implorantin, sofern sie an der Originalurkunde communionsberechtigt war, behufs Betretung des Mandatsweges, zuvor die Edition der Urkunde hätte bewirken müssen;

in Erwägung daher, das die exc. sub- et obreptionis schon wegen nicht beigebrachter Originalurkunde hätte berücksichtigt werden sollen, daß dieselbe aber auch

2) aus dem Grunde zureichend motivirt war, weil nach Inhalt des § 6 des Contractes über die der Implorantin bei Hinrich Finnern aus den rückständigen Kaufgeldern angewiesenen 1250 ℔ v. Cour., jetzt 666 ℳ 64 ß R.=M., eine besondere Obligation hat ausgestellt werden sollen, demnach der Contract sich zu dieser ausbedungenen Obligation nur als das vorbereitende Instrument verhielt, aus welchem, sofern der Originalcontract vorgelegen, wohl ein liquider Anspruch auf Ausfertigung der Obligation, nicht aber auf die Zahlung, hergeleitet werden konnte, sofern nicht bei Ausbringung des Mandates **zugleich** bescheiniget gewesen wäre, daß durch nachträgliche Vereinbarung der Contract zur hauptsächlichen Schuldurkunde erhoben und die bedungene Obligation überall nicht ausgestellt worden sei;

in Erwägung, daß Implorantin zwar nachträglich ad replicam eine Bescheinigung darüber beigebracht hat, daß die streitigen 1250 ℔ v. Cour., jetzt 666 ℳ 64 ß R.=M., nicht protocollirt worden seien, daß aber, selbst wenn damit dargethan wäre, daß eine desfällige besondere Schuldverschreibung nicht ausgestellt sei, dennoch die replicarische Nachholung wesentlich zur Mandatsbegründung gehöriger Behauptungen und Bescheinigungen, wegen der dem Imploraten abgeschnittenen Gelegenheit des rechtlichen Bestreitens derselben, nach anerkannten Proceßgrundsätzen unstatthaft, vielmehr bei Beurtheilung der except. sub- et obreptionis das Mandatsgesuch lediglich in der Gestalt zu prüfen ist, in welcher dasselbe ursprünglich angebracht worden;

in Erwägung, daß es solchemnach des Eingehens auf die vorgeschützten materiellen Einreden nicht bedarf,

wird hiedurch, unter Beseitigung des angefochtenen decisi et mandati des Königl. Trittauer Amthauses vom 13. 18. Novbr. v. J., von Obergerichtswegen zum Bescheide gegeben:

> daß das Mandat des Königl. Trittauer Amthauses vom 6. 8. Februar v. J. wiederum aufzuheben und die Implorantin, jetzt Supplicatin, auf den ordentlichen Weg Rechtens zu verweisen, unter Verurtheilung derselben zur Erstattung der in inferiori erwachsenen Kosten an die Imploraten, jetzt Supplicanten, salva car. design. et event. moderat., innerhalb 4 Wochen, und unter Vergleichung der Kosten dieser Instanz.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 23. Juli 1855.

Criminalfälle.

Diebstahl.

Der Pächter der Unterjagd auf der Feldmark von Schlamersdorf, der Bauervogt Rickert daselbst, hatte in den letzten Tagen des Octobers 1854 auf einer zu seinem Jagdrevier gehörenden, „Hamanns Busch“ genannten Koppel ein Tellereisen legen lassen. Nachdem er noch am 29. October Morgens dasselbe leer gefunden hatte, erhielt er am folgenden Morgen von seinem Bruder die Nachricht, daß ein Thier (wie der Letztere Anfangs meinte, ein Fuchs) in der Falle ge=

wesen und wahrscheinlich gestohlen sei. Er begab sich nach der Koppel und fand, daß der Teller der Falle, offenbar mit einem Knittel abgeschlagen, daneben lag, an der Falle und um sie herum sich Blut und Flocken von Dachshaaren befanden. Bei der Falle waren deutliche Spuren eines Mannes und eines Hundes zu sehen. Die Spuren wurden über mehrere Koppeln verfolgt, bis sie in dem Seefeld-Sühlener Wege verschwanden, an welchem in geringer Entfernung der übelberüchtigte Schäfer Friedrich Runge wohnt. Gegen diesen richtete sich sofort der Verdacht. Der Bauervogt Drews und der Gutsjäger Kaich von Nütschau nahmen in seiner Wohnung eine Nachsuchung vor und fanden auch alsbald in seiner Kammer einen frisch abgeschwarteten Dachs an der Wand hangend, dessen Fell an der Erde lag. Die Frau des Runge, welcher selbst abwesend war, erklärte, ihr Mann und sein Bruder hätten den Dachs auf dem Oldesloer Felde todtgeschlagen und nach Hause gebracht. Es fanden sich aber an dem Felle des Dachses deutliche Spuren, daß er in einer Falle gefangen gewesen war, indem die Zacken einer solchen durch das Fell des einen Hinterlaufs gegangen waren und auch den Knochen zerschmettert hatten, überdies der Lauf schwarz von Blut unterlaufen war, wie es nach Bemerkung des Jägers Kaich immer bei Thieren der Fall ist, welche auf Eisen gefangen werden. Auch fand der Bauervogt Rickert, daß der Dachs auch mit dem einen Vorderlauf in der Falle gesteckt haben müßte, indem ein Loch von einem Zacken, der übrigens den Knochen nicht beschädigt, in der entsprechenden Stelle des Fells und frischer Schweiß daran sich befunden hätte, und daß dies so geschehen sein könnte, bestätigte der Schmied Saß in Sühlen, welcher das Eisen auf der fraglichen Koppel gelegt und später gereinigt hatte, mit dem Hinzufügen, daß bei der Feder und an der entgegengesetzten Seite Dachshaare an dem Bügel angeklebt gewesen wären, auch nach der Art der Aufstellung des Eisens sehr gut möglich gewesen wäre, daß der in demselben gefangen gewesene Dachs zugleich mit einem Hinter- und einem Vorderlauf hineingerathen sei.

Der Schäfer Friedrich Runge, gegen welchen das Traventhaler Amthaus eine Untersuchung einleitete, gab zuerst an, daß er am 29. October nach dem Oldesloer Felde auf die Dachsjagd gegangen sei, dort auf einer Koppel, von deren Eigenthümer er die Erlaubniß, dort zu jagen, gehabt, einen von seinen beiden Hunden aufgejagten und gepackten Dachs mit einem Knittel todtgeschlagen und denselben Abends nach Hause gebracht und am folgenden Morgen abgezogen habe. In einem späteren von ihm erbetenen Verhör aber erklärte er: er habe sich eines Andern besonnen. Er sei an dem fraglichen Abend wirklich auf dem Oldesloer Felde auf Jagd gewesen und sein Bruder eine Strecke mit ihm gegangen. Auf dem Rückwege sei ihm nahe bei Hamanns Busch der Knecht des Hufners Barckmann in Schlamersdorf begegnet, mit welchem er eine kurze Unterredung gehabt habe. Als er in der Landstraße etwas weiter entlang gekommen, habe er einen Hund bellen gehört, und als er noch etwas weiter gekommen, einen Kerl aus dem Heckloch von der (unmittelbar an Hamanns Busch stoßenden) Wilckens-Koppel kommen sehen. Der Hund desselben sei etwas zurückgeblieben und habe den kleineren Hund des Inculpaten an sich herankommen lassen; darauf aber habe sein Herr ihn mit dem Namen „Schweizer" abgerufen und sich mit ihm entfernt. Als Inculpat nun weiter im Wege entlang gegangen sei, habe er seinen etwas zurückgebliebenen kleinen Hund bellen gehört und, als er zu ihm zurückgegangen, ihn bei einem Dachse stehen sehen, der auf dem Wege an dem Walle einer Koppel des Bauervogts Rickert in Schlamersdorf gelegen habe. Der Dachs sei noch ganz warm und das eine Hinterbein ab gewesen; ob dies auch mit dem einen Vorderlauf der Fall gewesen, habe er nicht bemerkt. Dies sei der bei der Nachsuchung in seiner Wohnung gefundene Dachs. Er sei der Meinung, daß der gedachte Kerl den Dachs von der Falle geholt habe, weil er angefangen habe zu laufen, als er ihn, den Inculpaten, gesehen. Am folgenden Morgen habe Rickert's Bruder, den er auf dem Wege nach Oldesloe getroffen, ihm erzählt, daß ein Fuchs in seines Bruders Falle gewesen und weggekommen sei; wenn dieser nun gleich gesagt hätte, daß es ein Dachs gewesen, würde er ihm auch gesagt haben, daß er einen gefunden hätte.« — Inculpat erklärte dann noch auf Befragen: er habe wohl gewußt, daß Rickert in Hamanns Busch Eisen zu legen pflegte, nicht aber, daß er damals gerade eins daselbst gelegt gehabt. Es habe ihn Anfangs genirt, einzugestehen, daß er den Dachs gefunden und behalten habe.

Das Amthaus hat sich trotz dieser Erzählung des Inculpaten davon überzeugt gehalten, daß er den fraglichen Dachs, welcher übrigens im Lauf der Untersuchung dem Bauervogt Rickert, der sein Fell auf 1 ℛ 32 ß R.-M. geschätzt hat, restituirt worden ist, aus der oft erwähnten Falle entwandt habe, und gegen ihn, welcher schon im Jahre 1845 wegen Schaafdiebstahls und doloser Beschädigung fremder Sachen mit einer einjährigen Zuchthausstrafe belegt worden ist, am 30. Januar v. J. ein Erkenntniß abgegeben, durch welches er wegen verübten zweiten kleinen Diebstahls zu einer viermal fünftägigen Gefängnißstrafe bei Wasser und Brot und zur Erstattung der Untersuchungskosten, so weit er des Vermögens, verurtheilt worden ist.

Gegen dies Erkenntniß supplicirte der Inculpat an das Obercriminalgericht und der ihm zum Anwalt bestellte Advocat Hedde in Segeberg suchte in seiner Recursschrift hauptsächlich auszuführen, daß es jeden-

falls an dem Thatbestande eines seinem Clienten zur Last fallenden Diebstahls fehle. Er bemerkt zu dem Ende: die Vertheidigung werde sich so wesentlich auf die Darlegung stützen, daß die dem Inculpaten vorgeworfene Handlung weder Diebstahl, noch s. g. Funddiebstahl, noch Unterschlagung, noch sonst ein Verbrechen involvire, daß die Beweisfrage, welche zu untersuchen bei jedem Inculpaten, der schon früher wegen Diebstahls mit Zuchthausstrafe, wie der Inculpat, belegt worden, für den Vertheidiger immer unerquicklich sei, darüber völlig in den Hintergrund treten werde. Inculpat solle, wenn das Urtheil begründet sei, mit der entsprechenden diebischen Absicht eine fremde bewegliche Sache aus dem Besitze des rechtlichen Herrn derselben an sich genommen haben. Sofort werfe sich nun aber das Bedenken auf, ob der Dachs auf dem Eisen **res alicujus** oder **nullius** gewesen sei. Der Fall, welchen **Proculus** in der **l. 55 D. de acquir. rer. dominio** aufstelle, sei hier practisch geworden. Dieser gebe aber keine bestimmte Entscheidung, hebe vielmehr hervor, daß die Frage nach dem Eigenthum an dem Thiere eine **quaestio facti** sei, welche im Allgemeinen nach dem leitenden Gesichtspunkt für Entscheidung der Besitzfrage entschieden werden müsse. Da das Eigenthum an wilden Thieren, als einer **res nullius**, nur durch deren Occupation gewonnen werde, so handle es sich hauptsächlich darum, ob durch das Hineingerathen des Thieres in die Falle der Apprehensionsact des Jagdberechtigten vollzogen oder nur ermöglicht und vorbereitet worden sei. Im Allgemeinen sei auf die **l. 3 § 21 D. de acquir. possessione** zu verweisen, welche hervorhebe, daß das Verhältniß zur Sache und der Inhalt des Apprehensionsactes sich einerseits nach den allgemeinen Erfordernissen für den Begriff und das Vorhandensein des Besitzes und andererseits nach der besonderen Natur und den besonderen Verhältnissen des in Besitz zu nehmenden Objectes richten müsse. Die Apprehension eines wilden Thieres fordere nun außer dem **animus possidendi** als eine Vorbedingung, welche bald mit ihr selbst zusammen, bald weit aus einander fallen könne, eine Beraubung seiner natürlichen Freiheit, da ohne diese das **Corpus** des Besitzes oder die Detention nicht hergestellt und ohne diese wiederum die auf Besitzergreifung gerichtete Absicht, der **animus sibi habendi**, nicht in den Herrscherwillen, **animus possidentis**, umgewandelt werden könne. Diese Beseitigung der natürlichen Freiheit des Thieres könne nun sowohl durch Tödtung, als auch durch Fesselung desselben mittelst Schlinge oder Falle geschehen. Wie im ersteren Fall der Jäger, welcher mittelst Tödtung des Thieres dessen Apprehension vermitteln wolle, nach **l. 5 § 1 D. de acq. rer. domin.** nicht schon dann Herr desselben sei, wenn er es, auch etwa tödtlich, angeschossen, sondern erst, wenn er das Thier erreicht und an sich habe nehmen können (**quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus**), so sei aus demselben vom Juristen angegebenen Grunde auch im letzteren Fall für die Apprehension erforderlich, daß der Jäger das Thier aus der Schlinge oder Falle an sich genommen habe. Denn erst dann gewinne er die erforderliche **Custodia** über das Thier, wie **l. 3 § 14 D. de acq. poss.** sie bezüglich dieser Besitzobjecte fordere. Das bloße Hineingrrathen in eine Falle an sich vermittele also noch nicht das für die Occupation rines wilden Thieres erforderliche **Corpus**, bereite vielmehr nur die Möglichkeit einer Apprehensionshandlung an demselben vor. — Im vorliegenden Fall sei aber der Jagdberechtigte nicht etwa in der Nähe der Falle, so daß der Grundsatz der **l. 1 § 21 D. de acq. poss.** von dem **apprehendere possessionem oculis et affectu** irgendwie zur Anwendung kommen könne, sondern in solcher Entfernung und solcher Beziehungslosigkeit zu derselben gewesen, daß der Jäger um das Dasein des Thieres, um das angebliche Object seines Besitzes, gar nicht einmal habe wissen können. Nach Inhalt der Acten habe der angeblich bestohlene Rickert erst am folgenden Tage von seinem Bruder erfahren, daß ein Thier in der Falle gesessen haben müsse; aus dem Zustand der Falle sei diese Vermuthung gezogen worden und noch ungewiß für den Berichterstatter gewesen, ob ein Fuchs oder Dachs darin gesessen habe. Ein genaues Wissen von dem Gegenstande des Besitzes sei aber nach der Natur der Sache und nach den Gesetzen unentbehrlich für die Besitzergreifung; es habe daher, wie das **Corpus**, so auch der **Animus possidendi** in Beziehung auf den angeblich gestohlenen Dachs dem angeblich Bestohlenen abgehen müssen. Wenn nun aber von einem Diebstahl des Inculpaten nicht die Rede sein könne, so lasse ebenso wenig die ihm angeschuldigte Handlung als Funddiebstahl oder Unterschlagung sich characterisiren. Beide Verbrechen erforderten zu ihrem Thatbestande nicht den Eingriff in die Besitzsphäre des Lädirten, mit dem Diebstahl gemeinschaftlich aber den Eingriff in die Eigenthumssphäre, von welchem **in concreto** ebenfalls nicht gesprochen werden könne, da das Eigenthum an wilden Thieren erst durch deren Besitzergreifung vermittelt werde.

(Die Fortsetzung folgt.)

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen ***Henrici*** *und* ***Lucht.***
Gedruckt bei ***Augustin*** *in Glückstadt.*

20. Stück. Den 19. Mai 1856.

Entscheidungen.

Unbedingter Mandatsproceß setzt außer Liquidität des Anspruchs auch Bestimmtheit des Klagobjects voraus.

In Sachen des Eingesessenen Claus Sothmann zur Feldscheide bei Hohenwestedt, Imploraten und Supplicanten, wider den Gerber Johann Brandt in Rendsburg, Imploranten und Supplicaten, wegen einer Forderung von 47 ℔ 13½ ß Crt., alternative Borklieferung zu dem genannten Belaufe s. w. d. a., jetzt Supplication wider den Bescheid des Rendsburger Amthauses vom 17./20. Mai d. J.;

ergeben die Acten:

Der Supplicant hat sich in einer von ihm ausgestellten Verschreibung d. d. 11. April 1850 verpflichtet, die von seinem Bruder bei dem Gerber Johann Brandt in Rendsburg für geliefertes Leder contrahirte Schuld innerhalb 8 Wochen entweder baar oder in Gegenrechnung mit Borke mit Crt. ℔ 47 13½ ß zu bezahlen. Als auf Grund dieses Documents ein unbedingtes Mandat auf Zahlung der 47 ℔ 13½ ß beim Rendsburger Amthause wider ihn impetrirt ward, opponirte er dem Impetranten die Einrede des erschlichenen Mandats, die er auf die durch Eidesdelation liquidirte Behauptung stützte, daß von ihm die Borklieferung rechtzeitig angeboten, aber durch Schuld des Impetranten vereitelt worden sei. Mit dieser Einrede ward er gehört und der ihm deferirte Eid ist auch demnächst von ihm abgeleistet worden.

Hiernächst hat nun Brandt aufs Neue ein unbedingtes Mandat wider ihn impetrirt und zwar dahin:

> daß er die libellirten 47 ℔ 13½ ß dem Imtranten innerhalb 4 Wochen baar bezahle oder durch Lieferung von Borke an denselben liquidire.

Wider diesen Befehl hat er die Einrede der bereits abgeurtheilten Sache und der unrichtig gewählten Proceßart unter dem Anführen opponirt, daß der gegenwärtige Rechtsstreit durch den von ihm abgeleisteten Eid definitiv erledigt sei, jedenfalls aber nicht aufs Neue im Mandatsverfahren zur Entscheidung kommen könne, wie denn auch für dies Verfahren das Schulddocument sich nicht eigne, da in demselben in Betreff der Gegenrechnung mit Borke das Obligationsobject nach Qualität und Quantität nicht mit genügender Genauigkeit bezeichnet sei.

Nach eingegangener duplicarischer Erklärung des Impetranten hat jedoch das Rendsburger Amthaus unterm 17. Mai d. J. erkannt:

> daß Implorat, Einwendens ungeachtet, schuldig sei, dem abgegebenen Mandate nunmehr unfehlbar innerhalb 14 Tagen bei Vermeidung der Pfändung zu geleben.

Gegen dies Erkenntniß hat Implorat anhero supplicirt und darauf angetragen, daß, unter Beseitigung der sententia a qua, das Mandat wiederum aufgehoben werden möge.

Es steht daher zur Frage:

> ob die gegen das Mandat vorgebrachte Einwendung für begründet zu erachten?

In Erwägung nun, daß durch das frühere Erkenntniß eine Entscheidung über das gegenwärtige Klagobject nicht abgegeben worden, die Einrede der bereits abgeurtheilten Sache hinfolglich mit Recht vom judicio a quo verworfen worden ist;

in Erwägung dagegen, daß die Einrede der unrichtig gewählten Proceßart sich als begründet darstellt, weil es zufolge des früheren Erkenntnisses des judicii a quo als rechtskräftig entschieden feststeht, daß

in Gemäßheit der Schuldverschreibung Impetrat die alternative Verpflichtung hat, entweder 47 ℔. 13½ ß oder eine entsprechende Quantität Borke dem Impetranten zu liefern, das impetrirte Mandat auch demgemäß auf eine solche alternative Leistung lautet, das Object dieser alternativen Leistung aber nach Qualität und Quantität in der Schuldverschreibung nicht genau fixirt ist, die Klage auf Erfüllung einer solchen alternativen Leistung sich mithin nicht für den in jeder Beziehung vollständige Liquidität und Bestimmtheit voraussetzenden Mandatsproceß eignet,

wird auf die sub præs. den 9. Juni d. J. hieselbst eingereichte Supplicationsschrift, nach darüber eingezogener Erklärung des Gegentheils, in Erwägung vorstehender Gründe, von Obergerichtswegen zum Bescheide ertheilt:

> daß, unter Beseitigung der sententia a qua, das abgegebene Mandat wiederum aufzuheben, unter Compensation der auf diesen Rechtsstreit verwandten Proceßkosten.

Urkundlich rc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 11. Mai 1854.

Im Spolienproceß hat der Kläger seine Zeugen bei Verlust derselben in seiner Klage namhaft zu machen.

In Sachen der Wellseer Seepächter, Hufner Wolters und Wörpel, sowie Halbhufner Plambeck, Wiegers, H. D. Jungjohann und H. C. Jungjohann, in Wellsee, Kläger, jetzt Supplicanten, wider den Hufner Schnack in Elmschenhagen, Beklagten, jetzt Supplicaten, hauptsächlich wegen Spoliums, jetzt wider einen Incidentbescheid der Preetzer klösterlichen Obrigkeit vom 6. August d. J.;

ergeben die Acten:

Die Supplicanten haben eine bei der klösterlichen Obrigkeit zu Preetz erhobene Spolienklage auf die Behauptungen gegründet, daß sie als Erbpächter des Wellsee's berechtigt seien, den Rethschnitt an und in demselben ausschließlich auszuüben, sie auch, so lange sie Erbpächter seien, alljährlich das dort wachsende Reth geschnitten hätten. Supplicat aber, welcher Pächter einer an dem Wellsee belegenen Koppel des Elmschenhagener Pastorates sei, habe vor einigen Wochen an der von der Koppel begränzten Stelle des See's das dort wachsende Reth geschnitten und sich dadurch einen rechtswidrigen Eingriff in ihre Rechte erlaubt, weshalb sie um Schutz im jüngsten Besitze bäten. Sie deferirten über die Thatsache des jüngsten Besitzes den Eid, beriefen sich hinsichtlich der behaupteten Störung auf Zeugen, hinsichtlich der Qualität des geschnittenen Reths auf den Augenschein.

In der Exceptionsschrift, deren weiterer Inhalt nicht in Betracht kommt, leugnete Supplicat den jüngsten Besitz der Gegner und acceptirte den ihm darüber deferirten Eid.

Nach stattgehabter Terminsverhandlung gab die Preetzer klösterliche Obrigkeit am 2. August d. J. zum Bescheide:

> daß Beklagter schuldig sei, den von ihm acceptirten Eid körperlich dahin abzuleisten, daß er glaube und dafürhalte, auch nicht anders wisse, als daß die Kläger den Rethschnitt aus und am Wellsee an der Stelle, an welcher er, Beklagter, den Rethschnitt ausgeübt, so lange sie Erbpächter seien, nicht ausgeübt hätten.

Zugleich wurde ein Termin zur Ableistung des Eides anberaumt.

Vor diesem Termin reichten die Supplicanten eine Vorstellung ein, in welcher sie neun Zeugen namhaft machten, die ihren Besitz zu bezeugen im Stande wären und um deren Vernehmung vor der Eidesleistung baten, indem sie zur Motivirung dieses Antrags hervorhoben, daß

1) es ihnen freistehen würde, noch vor der Eidesleistung den Eid zu revociren und statt dessen Zeugen zu denominiren, von welchem Rechte sie indessen noch nicht Gebrauch zu machen beabsichtigten, weil sie in eventum den Eid nicht aufgeben wollten, daß aber

2) die Eidesverordnung im § 9 dem Richter ausdrücklich befehle, den Glaubenseid dann nicht zu gestatten, wenn die Wahrheit noch auf andere Weise zu ermitteln sei, wie dies hier durch nachträgliche Vernehmung der Zeugen geschehen könne.

In dem Eidestermin, welcher am 6. August d. J. stattfand, sistirten sie sodann die denominirten Zeugen zur Abhörung vor der Eidesleistung. Supplicat dagegen protestirte gegen die nachträglich beantragte Zeugenvernehmung und bat, zu dem von ihm acceptirten Eide zugelassen zu werden. Die klösterliche Obrigkeit ertheilte darauf sofort im Termin zum Bescheide:

> daß auf den Antrag der Kläger um nachträgliche Vernehmung der sistirten Zeugen nicht einzutreten und ihres Einwendens ungeachtet Beklagter zur ordnungsmäßigen Ableistung des Eides zuzulassen, Kläger auch schuldig, die Kosten des Incidentstreites, Ansatz und Ermäßigung vorbehältlich, zu erstatten.

Gegen diesen Bescheid haben die Supplicanten sofort Supplication eingelegt, dieselbe rechtzeitig prosequirt und ihre Beschwerden dahin gestellt:

1) daß erkannt, wie geschehen, und nicht vielmehr die von ihnen nachträglich denominirten Zeugen vernommen, auch dem Beklagten die Denominirung von Gegenbeweiszeugen innerhalb einer ihm präfigirten kurzen Frist gestattet und demnächst auf Grundlage der Aussagen der Beweis- und eventuellen Gegenbeweiszeugen in der Hauptsache erkannt worden; event.
2) daß nicht die denominirten Zeugen zur Verhütung eines falschen Eides vernommen und der Suppliceat vor der Eidesleistung mit dem Inhalt der Zeugenaussagen bekannt gemacht worden;
3) daß nicht die Kosten des Incidentstreites compensirt worden.

Es steht daher zur Frage: ob die erhobenen Beschwerden für begründet zu erachten sind.

In Erwägung nun, daß die Verordnung vom 13. Januar 1797, zur Vermeidung und Abkürzung der Spoliensachen und aus dem jüngsten Besitz entstehenden Streitigkeiten, zwar nicht ausdrücklich verfügt, daß der Kläger in seiner Klage die Zeugen, deren er sich zu bedienen gedenkt, bei Verlust derselben namhaft machen solle, daß aber, da sie dies Präjudiz für die Gegenbeweismittel des Beklagten enthält, theils aus der allgemeinen Rücksicht, daß der Beklagte hinsichtlich seiner Gegenbeweisführung nicht schlechter gestellt werden darf, als der Kläger hinsichtlich seiner Beweisführung, theils mit Rücksicht auf die nach dem § 3 der Verordnung offenbar bezweckte Gleichstellung der Parteien in Betreff der Beweisführung, angenommen werden muß, daß dasselbe Präjudiz auch für den Kläger gelte, wie denn auch noch aus der Bestimmung des § 4 der gedachten Verordnung, daß in dem Verhandlungstermin, wenn nicht etwa noch ein Eid abzuleisten, sofort der Bescheid zu publiciren ist, hervorgeht, daß nach dem Willen des Gesetzes auf die Zeugen, welche nicht in dem Verhandlungstermin von den Parteien producirt sind, keine weitere Rücksicht genommen werden soll;

in Erwägung, daß daher die Supplicanten mit ihren nachträglich denominirten, im Verhandlungstermin nicht beigebrachten Zeugen präcludirt waren und ihr Antrag auf eine nachträgliche Vernehmung derselben, sei es nun zum Behuf eines abzusprechenden Erkenntnisses in der Hauptsache, oder zum Behuf der Verhütung eines angeblich zu befürchtenden falschen Eides, als unzulässig erscheint, indem namentlich noch in letzterer Beziehung die Eidesverordnung vom 11. December 1758 zwar dem Richter vorschreibt, den Glaubenseid dann nicht zu gestatten, wenn die Wahrheit auf anderweitige Weise zu ermitteln sei, von einer möglichen anderweitigen Ermittelung der Wahrheit aber dann nicht die Rede sein kann, wenn dieselbe dadurch geschehen soll, daß auf bereits präcludirte Beweismittel recurrirt wird;

in Erwägung, daß somit die ersten beiden Beschwerden nicht zu hören sind, aber auch zu einer Erkennung der mit der dritten Beschwerde beantragten Vergleichung der Kosten des durch die processualisch unstatthaften supplicantischen Anträge hervorgerufenen Incidentstreits keine Veranlassung vorliegt,

wird den Supplicanten auf ihre sub præs. den 16. August d. J. eingereichte Supplicationsschrift, bei abschriftlicher Mittheilung der darüber eingezogenen Gegenerklärung, von Obergerichtswegen

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt. Zugleich werden dieselben schuldig erkannt, dem Supplicaten die zu 12 ℛ R.-M. bestimmten Kosten der Gegenerklärung binnen 4 Wochen ab ins. zu erstatten.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 12. December 1855.

Die Justification eines impetrirten Arrestes wird dadurch nicht wegfällig, daß die Parteien sich über die Substituirung eines andern Arrestobjects einig geworden sind. — Erfordernisse der Arrestanlegung.

In Appellationssachen der North of Europe Steam Navigation Company in Lowestoft, Impetrantin und Justificantin, jetzt Appellantin, wider den Schiffscapitain Heinrich Breckwoldt aus Blankenese, Impetraten und Justificaten, jetzt Appellaten, wegen Arrestes s. w. d. a., daher Justification, jetzt gegen das Erkenntniß des Glückstädter Magistrats vom 3. Mai d. J.;

ergeben die Acten:

Der Capitain Heinrich Breckwoldt, führend das Schoonerschiff „Immanuel", hatte am 19. Febr. d. J. beim Einsegeln in den Glückstädter Hafen das der obigen Compagnie gehörige Dampfschiff „Royal Victoria", Capitain George Rivers, gestoßen und demselben einen auf 167 ℛ 34 ß R.-M. calculirten Schaden verursacht. In dieser Veranlassung impetrirte die Compagnie unterm 22. ejusd. beim Glückstädter Stadtpräsidio einen Arrest, durch welchen dem Capitain Breckwoldt bis weiter das Wiederabsegeln von Glückstadt mit seinem Schooner „Immanuel" verboten ward. Durch Uebereinkommen der Parteien vom 27.

ejusd. ist an die Stelle des Schiffes als Arrestobject eine von dem Consul Schröder in Glückstadt bis zur Summe von 533 ℳ 32 ß R.-M. übernommene selbstschuldige Bürgschaft getreten.

Demnächst ist in dem Justificationslibelle, unter Beibringung einer Bescheinigung darüber, daß die hauptsächliche Klage auf Schadensersatz bei der Pinneberger Landdrostei anhängig gemacht worden sei, ausgeführt worden, daß gemeinrechtlich zur Verfolgung der Privatsatisfactionsansprüche ex delicto das forum delicti commissi competent sei, und daß es dem Damnificaten nöthigenfalls sogar freistehe, als cautio de judicio sisti et judicatum solvi Personalarrest, um so mehr den hier nur erwählten Realarrest auszubringen. Auch abgesehen hievon aber sei behuf Sicherstellung der Schadensforderung der implorantischen Compagnie die Arrestanlegung nothwendig gewesen, weil der Impetrat eine in Glückstadt völlig unbekannte Person gewesen. Nach Erwirkung des Arrestes habe man freilich erfahren, daß derselbe unter Pinneberger Jurisdiction sortire, zugleich aber auch, daß er nur Partner an dem von ihm geführten Schiffe „Immanuel" sei. Da derselbe seinem Gewerbe auf Seereisen obliege, so hätte er sich, nach Freigebung des Schiffes, der Rechtsverfolgung entziehen, und das Schiff, welches für den Ersatz des Schadens hafte, sogar untergehen können. Es ward gebeten, den Arrest für justificirt zu erachten, ref. exp.

Implorat opponirte zuvörderst die jetzt nicht mehr in Betracht kommende Einrede der fehlenden Proceßvollmacht, verbreitete sich dann über die vermeintlich mangelnde Begründung der hauptsächlichen Forderung und führte schließlich weiter aus, daß es an dem Haupterfordernisse jeder Arrestanlegung, nämlich an der Gefahr für Geltendmachung und Realisirbarkeit der Schadensforderung, ganz und gar fehle, überdies das Arrestobject, ein zu 8533 ℳ 32 ß R.-M. tarirter Schooner, zu der erhobenen Schadensforderung in gar keinem justificirlichen Verhältnisse stehe. Demnach ward gebeten, die dem ursprünglichen Arrestobjecte substituirte Caution für wegfällig zu erklären, ref. exp.

Nach stattgehabter mündlicher Verhandlung wurde vom Glückstädter Magistrate untem 3. Mai v. J. erkannt:*)

daß, unter Enthörung des Justificaten mit der opponirten Einrede der fehlenden Proceßvollmacht, der ꝛc. unterm 22. Febr. v. J. angelegte Arrest

---

*) Entscheidungsgründe:

In Erwägung nun, daß, zunächst die Einrede der fehlenden Proceßvollmacht betreffend, die von den Justificanten in rubro ihres Arrestgesuches gewählte Bezeichnung als Agenten und Mandatare der genannten Dampfschifffahrtsgesellschaft zwar nicht zutreffend war, indem sie jetzt ihre Befugniß zur Proceßführung aus einer von dem Capitain des unbestritten dieser Dampfschifffahrtsgesellschaft gehörigen Dampfschiffes „Royal Victoria" auf sie gestellten Vollmacht, nicht aber aus einem von dieser Gesellschaft ihnen direct ertheilten Mandate ableiten, daß jedoch, auch davon abgesehen, daß zur Einreichung schriftlicher Vorstellungen die mit einer Königl. Bestallung versehenen Advocaten einer Vollmacht überall nicht bedürfen, die für den Justificationsantrag gewählte Bezeichnung der Justificanten, als substituirte Mandatare der mehrgedachten Gesellschaft, insofern als dem Sachverhältniß nicht unangemessen erscheint, als dem Capitain eines Schiffes, namentlich im Auslande, unzweifelhaft die Befugniß zusteht, seine Rheder in allen das Schiff betreffenden Angelegenheiten in und außer Gericht zu vertreten oder vertreten zu lassen, hiernach also durch Ausstellung der Vollmacht des Capitains George Rivers dessen Befugnisse als auf die Justificanten übertragen, mithin diese durch dessen Vollmacht als zu diesem Processe legitimirt anzusehen sind, daß Justificat daher mit dieser von ihm opponirten Einrede nicht zu hören ist;

in fernerer Erwägung, daß in dem gegenwärtigen Verfahren nur die Frage, ob der impetrirte Arrest für justificirt zu erachten sei, nicht aber die Frage, ob der Anspruch, zu dessen Sicherung der Arrest impetrirt worden, begründet sei oder nicht, zur Erörterung und Entscheidung steht, daß nun für die Anlegung eines Arrestes die bloße Existenz eines Hauptanspruchs, dieser mag streitig sein oder nicht, genügt, daß dieses Erforderniß aber von den Justificanten hinlänglich bescheinigt worden, sowie diese denn auch durch die erfolgte Nachweisung, daß sie ihre Forderung in dem foro des Justificaten eingeklagt haben, der desfalligen gesetzlichen Vorschrift nachgekommen sind;

in Erwägung aber, daß zur Beschaffung der Justification eines Arrestes nicht allein die Nachweisung der Existenz einer durch den Arrest zu sichernden Hauptforderung und der erfolgten Einklage derselben, sondern vor allen Dingen eine justa causa arresti gehört, daß diese jedoch nur alsdann vorhanden ist, wenn die Gefahr droht, daß des Gläubigers Ansprüche etwa gar nicht oder doch nur mit großer Beschwerlichkeit verfolgt werden können, daß nun aber das Vorhandensein einer solchen Gefahr von den Justificanten nicht nachgewiesen ist, indem eine solche Gefahr weder aus der Persönlichkeit des Justificaten, noch aus dessen Gewerbe als Schiffer entnommen werden kann, vielmehr dessen Qualität als Inländer und Miteigenthümer eines zum Werth von 16000 ℛ v. Cour. geschätzten, in Blankenese, folglich im Inlande, zu Hause gehörigen Schiffes, da nach einer constanten Praxis aus dem Nichtbesitz eines Grundeigenthums eine solche Gefahr nicht hergeleitet werden kann, als ein diese Gefahr ausschließendes Moment um so mehr darf angesehen werden, als theils von den Justificanten nicht behauptet worden, daß Justificat an sich der Flucht verdächtig gewesen oder Verfuren vorgenommen oder auch nur beabsichtigt habe, um sich dieses Miteigenthums an dem Schiffe zu entäußern, theils aber nicht präsumirt werden darf, daß Justificat, um der Einklage einer im Ver-

für nicht justificirt zu achten und wiederum aufzuheben, mithin auch die durch spätere Vereinbarung an die Stelle des ursprünglich mit Arrest belegten Schiffes getretene Geldcaution von 533 ℳ 32 ß R.-M. für wegfällig zu erklären, Justificanten auch schuldig seien, die angeursachten Kosten dieses Verfahrens rc. zu erstatten.

(Der Beschluß folgt.)

Criminalfälle.

Diebstahl.

(Beschluß.)

Bei der Beurtheilung der in Rede stehenden Supplication kann die Beweisfrage, welche kein besonderes Interesse bietet, um so mehr übergangen werden, als dieselbe auch von dem Verfasser der Recursschrift einer eingehenden Erörterung nicht unterzogen ist. Es genügt zu bemerken, daß alle Instanzen, an welche der vorliegende Criminalfall gelangt ist, es als völlig bewiesen betrachtet haben, daß der Supplicant den später in seiner Wohnung vorgefundenen Dachs aus der von dem Bauervogt Rickert aufgestellten Falle herausgenommen und sich angeeignet hat.

Steht dies aber fest, so fragt es sich weiter, ob er durch diese Handlung einen Diebstahl beging. Die Bejahung der Frage setzt voraus, daß der in der Falle befindliche Dachs sich im Besitze des Bauervogts Rickert befand; es sind daher die über den Besitzerwerb an den jagdbaren Thieren geltenden Grundsätze zunächst zu erörtern.

Ueber den Act dieses Besitzerwerbs, mit welchem der Eigenthumserwerb zusammenfällt, gelten, wenn

hältniß zu dem Werthe des Schiffes ohnehin nur geringfügigen Forderung zu entgehen, sein Vaterland meiden sollte, wobei nicht unberücksichtigt wird bleiben dürfen, daß diese Umstände, wenn sie zur Zeit der Impetrirung des Arrestes den Justificanten theilweise nicht bekannt waren, durch Einziehung desfälliger Erkundigungen, namentlich auf dem hiesigen Zollamte, leicht hätten von ihnen in Erfahrung gebracht werden können, und

in schließlicher Erwägung, daß in Ermangelung von hier nicht vorliegenden, für Aussprechung einer Kostenvergleichung sprechenden besonderen Gründen, in Fällen, wenn, wie in dem vorliegenden, der Arrest für nicht justificirt erklärt werden muß, der Impetrant zur Erstattung der dem Impetraten verursachten Kosten schuldig zu erkennen ist.

auch die Befugniß zu demselben im heutigen Rechte an andere Bedingungen geknüpft ist, doch noch jetzt die Grundsätze des Römischen Rechts.

Gerber, System des D. P. R. § 93.

Nach diesem ist das Wild, so lange es sich in seiner durch nichts beschränkten natürlichen Freiheit bewegt, kein Object des Besitzes; es wird dies erst für den, welcher es dieser Freiheit beraubt und seiner Gewalt unterwirft,

§ 12 **J. de rer. divis.:**

> **Omnia animalia, quæ mari, cœlo et terra nascuntur, simul atque ab aliquo capta fuerint, jure gentium statim illius esse incipiunt.**

Der Besitz des Wildes wird erworben, sobald es gefangen ist, „**simul atque ab aliquo capta fuerint**"; es fragt sich aber eben, wann der Fang im Rechtssinn geschehen ist; und hierüber können nur die allgemeinen Grundsätze der Besitzlehre entscheiden. Eben zu diesem Ergebnisse führt die von dem Defensor des Supplicanten angezogene Stelle des Proculus,

l. 55 D. de acq. rer. domin.,

die einzige, welche die hier zu ventilirende Frage speciell zu behandeln scheint, sie aber auch nur mit Rücksicht auf die körperliche Seite des Besitzactes behandelt. Der Jurist untersucht den Fall, daß ein Eber, der in ein zur Jagd aufgestelltes Fangnetz gerathen, von einem Andern daraus fortgenommen oder wieder in Freiheit gesetzt sei, und beantwortet die Frage nach dem Eigenthumserwerb und den etwa zuständigen Klagen des Aufstellers des Netzes (nachdem er bemerkt hat, daß es darauf ankommen könne, ob das Fangnetz **in publico** oder **in privato**, auf eigenem oder fremdem Grunde, und im letzteren Fall, ob es mit oder ohne Erlaubniß des Eigenthümers aufgestellt gewesen sei, ferner ob das Wild so fest darin gesessen habe, daß es sich nicht habe losmachen können, oder ob es sich bei längeren Bemühungen würde losgemacht haben) schließlich dahin:

> „**Summam tamen hanc puto esse, utsi in „meam potestatem pervenerit, mens factus „sit.**"

Also darauf soll es bei dem Besitzerwerb an dem Wilde, wie bei dem an jeder anderen Sache, ankommen, ob es der **potestas**, der physischen Herrschaft, des Besitzergreifenden unterworfen worden ist; und eben nur mit Rücksicht auf das Vorhandensein dieser **potestas**, um entscheiden zu können, ob der Fang wirklich als Bemächtigung im einzelnen Falle zu betrachten war,

cf. Puchta, Vorlesungen, Bd. I. S. 302,

werden in der l. 55 cit. die anderen oben erwähnten Momente hervorgehoben. Daß daneben der **animus possidendi**, der Wille, sich des Wildes bemächtigen

zu wollen, vorhanden sein muß, bedarf kaum der Bemerkung.

Fragt man nun aber im vorliegenden Fall, ob der in Rede stehende Dachs, als er von dem Supplieanten aus dem Eisen des Bauervogts Rickert entwandt wurde, sich im Besitz des Letzteren befunden hat, so scheint es zunächst nicht zweifelhaft zu sein, daß das Thier allerdings unter Beraubung der natürlichen Freiheit seiner potestas unterworfen gewesen ist, da das Dachseisen auf seinem Jagdrevier gestanden hat, er zu demselben also, ohne durch einen fremden Willen behindert zu sein, gelangen konnte, da ferner der Dachs, dem, wie der Augenschein mit genügender Gewißheit ergab, die Zacken des Eisens durch den einen Hinterlauf gedrungen waren und selbst den Knochen beschädigt hatten, während er zugleich auch mit einem Vorderlauf hineingerathen war, so in dem Eisen gesteckt hat, daß es ihm auch bei längerem Arbeiten (diutius luctando, wie es in der citirten Stelle heißt) nicht hätte gelingen können, sich loszumachen. Es ist ein unzutreffendes Argument, welches der supplieantische Anwalt hiegegen aus der l. 5 § 1 D. de acq. rer. dominio entnommen hat, welche den (von früheren Römischen Juristen nicht einmal anerkannten) Grundsatz ausspricht, daß, wer ein Thier tödtlich verwundet habe, damit noch nicht Herr desselben sei, „quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus.“ Es leuchtet ein, daß dieser Fall mit dem gegenwärtigen nicht auf gleiche Stufe gestellt werden kann; bei der tödtlichen Verwundung eines Wildes soll noch erst die potestas über dasselbe erlangt werden, und manche Umstände können noch verhindern, daß dies wirklich geschehe; wenn aber ein Wild in die Falle gerathen, so ist damit die potestas bereits erlangt und es kann nur noch diese erlangte potestas durch die rechtswidrige Handlung eines Dritten dem Berechtigten wieder entzogen werden. Das Hineingerathen des Thieres in die Falle steht, was die Bemächtigung desselben betrifft, der Tödtung, nicht der, wenn auch tödtlichen, Verwundung desselben gleich. Und eben so wenig kann es zugegeben werden, daß das Hineingerathen in eine Falle an sich noch nicht das für die Occupation eines wilden Thiers erforderliche corpus vermittele, vielmehr nur die Möglichkeit der Apprehensionshandlung an demselben vorbereite. Diese Behauptung widerspricht den Grundsätzen der oben citirten l. 55 D. de acq. rer. dom., in welcher alles Gewicht auf die Erlangung der potestas über das Wild gelegt, nicht aber ein Ansichnehmen desselben gefordert wird, wie auch den in dieser lex nur zu specieller Anwendung gebrachten allgemeinen Principien der Besitztheorie, in welcher es seit den Savignyschen Erörterungen feststeht, daß für den Besitzerwerb körperliche Apprehension kein nothwendiges Requisit ist, vielmehr Alles darauf ankommt, daß das Besitzobject der physischen Macht, der potestas, des Besitzers unterworfen worden ist, wobei es immerhin möglich bleibt, aber für den einmal stattgehabten Erwerb des Besitzers irrelevant ist, daß dies Verhältniß physischer Herrschaft wieder aufgehoben werden kann, ehe es noch zu einem Dispositionsact über das Besitzobject, insbesondere zu einem körperlichen Ergreifen desselben von Seiten des Berechtigten, gekommen ist. Wenn endlich in der Recursschrift noch bemerkt ist, daß man erst durch das Ansichnehmen des Thieres aus der Falle die erforderliche custodia über das Thier gewinne, wie l. 3 § 14 D. de acqu. poss. sie bezüglich dieser Besitzobjecte fordere, so ist bei dieser Behauptung übersehen, daß eine custodia nicht für den Erwerb des Besitzes an dem Wilde, sondern für die Erhaltung des erworbenen Besitzes bei dem lebenden Wilde gefordert wird.

War sonach das corpus possessionis hinsichtlich des in Rede stehenden Besitzobjectes vorhanden, so ist ferner die Existenz des animus possidendi im concreten Fall zu erwägen. Der Römische Jurist erörtert in der l. 55 cit. die Frage nach dem animus possidendi nicht, und doch ist nicht anzunehmen, daß ein so wichtiges Requisit des Besitzerwerbs von ihm aus dem Auge gelassen worden sei. In der That ist aber auch von ihm in den einleitenden Worten der Stelle: „in laqueum, quem venandi causa posueras, aper incidit“ die Existenz des animus possidendi in dem referirten Falle angedeutet. Wer eine Vorrichtung hinstellt, um Wild zu fangen, sei es ein Fangnetz, wie in dem Falle der l. 55 cit., oder ein Dachseisen, wie im gegenwärtigen Falle, hat ohne Zweifel den Willen, den Besitz an dem hineingerathenden jagdbaren Thier zu erwerben, den animus possidendi in Bezug auf dasselbe damit erklärt. Dieser Besitzeswille ist allerdings nicht realisirt, so lange das Thier nicht in die Falle hineingerathen ist, kann vielleicht ganz unrealisirt bleiben, wenn dies überall nicht geschieht, ist aber deshalb um nichts weniger vorhanden (wie auch im Gebiete des Criminalrechts der verbrecherische Wille in der Versuchshandlung sich manifestirt und als ein auf den Erfolg gerichteter Wille gestraft wird). Die Existenz des animus possidendi im vorliegenden Falle wird daher schwerlich einem Zweifel unterliegen; das Eigenthümliche ist nur, daß derselbe längere Zeit, ehe noch das corpus possessionis hinzutrat, vorhanden war und daß der Eintritt der das letztere begründenden Thatsache noch gar nicht zum Bewußtsein des Berechtigten gelangt war, als das Besitzobject schon wieder seiner potestas entzogen ward. Es fragt sich also: bedarf es für den Besitzerwerb außer dem Wollen desselben und der factisch erlangten potestas noch der Kunde von der geschehenen Erlangung derselben? Darauf ist zu antworten, daß, wenn die Gesetze,

cf. l. 3 § 1 D. de poss.,
Pauli, R. S. V., 2,

verfügen, daß der Besitz corpore et animo erworben werde, sie damit nur die Coexistenz dieser beiden Requisite verlangen, und nicht auch, daß als drittes Requisit noch die Kunde des Erwerbers von dem Vorhandensein des corpus hinzutrete. Man könnte indessen an die Regel: „ignoranti possessio non acquiritur" denken und annehmen wollen, daß der, welcher nichts von der das corpus possessionis begründenden Thatsache wisse, als ignorans, cui non acquiritur possessio, zu betrachten sei. Dies auf den ersten Blick scheinbare Argument fällt aber hinweg, wenn man die Bedeutung jener Regel näher ins Auge faßt.

Sie kommt bei der Lehre vom Erwerb des Besitzes durch Stellvertreter zur Sprache, und die hier Platz greifenden Grundsätze sind einfach und unbestritten. Wenn Jemand einen Andern beauftragt, eine Sache für ihn zu erwerben, so ist in diesem Auftrage ein animus possidendi für den Fall, daß die Sache dem Stellvertreter übergeben werde, erklärt; erfolgt diese Uebergabe an den Letzteren, so coexistiren alsdann animus und corpus possessionis, und es wird sofort der Besitz an der dem Stellvertreter tradirten Sache dem Auftraggeber erworben,

l. 42 § 1 D. de acq. possessione Procurator, si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi adquirit possessionem,

ohne daß noch gefordert wird, daß dieser von dem Besitzerwerb des Stellvertreters gewußt oder daß er die zu erwerbende Sache in ihrer Individualität gekannt habe, welches letztere in allen den Fällen nicht vorkommen wird, in welchen der Auftrag im Allgemeinen darauf gerichtet war, eine Sache dieser oder jener Art zu erwerben. Hier also findet die in Rede stehende Regel keine Anwendung, im Gegentheil kann man behaupten: ignoranti possessio acquiritur, wie dies Savigny, Recht des Besitzes, S. 365, bemerkt. Dagegen kann allerdings von einem negotiorum gestor für den dominus kein Besitz (vor der erklärten Ratihabition) erworben werden,

l. 42 § 1 D. cit.,

indem hier das Nichtwissen des dominus, daß überhaupt für ihn ein Besitzerwerbungsact vorgenommen werde, einen seinerseitigen animus possidendi unmöglich macht. Wenn also hier die Regel: „ignoranti possessio non acquiritur" Platz greift, so fällt in die Augen, daß ihr Gebiet sich auf die Fälle beschränkt, in welchen die mangelnde Kunde von der eingetretenen factischen potestas die Möglichkeit des auf den Besitzerwerb gerichteten Willens ausschließt.

Es widerlegt sich hienach die Argumentation der Recursschrift. Die Behauptung, daß ein genaues Wissen von dem Gegenstande des Besitzes nach der Natur der Sache, wie nach den Gesetzen, für den Besitzerwerb unentbehrlich sei, ist in dieser Allgemeinheit falsch, paßt auch nicht auf den vorliegenden Fall. Allerdings ist ein solches Wissen erforderlich, aber nur in so weit, als das Nichtwissen die Richtung des animus possidendi auf die Sache verhindert; eine Sache, von deren Existenz ich nichts weiß, kann ich nicht besitzen wollen. In concreto aber wußte natürlich der Bauervogt Rickert, daß sich Dächse auf seinem Jagdrevier befanden; es ist also gar nicht einzusehen, warum er nicht die Absicht soll gehabt haben können, sich derselben mittelst Aufstellung eines Dachseisens zu bemächtigen, was eben seinen animus possidendi in diesem bestimmten Falle ergiebt; weil aber diese Absicht eine allgemeine war, so war sie auch unbestreitbar auf den Fang des Dachses gerichtet, welcher in die Falle gerieth, und man sieht nicht, welches genaue Wissen von diesem noch sollte erforderlich gewesen sein. Versteht aber der Defensor des Supplicanten unter dem genauen Wissen von dem Gegenstande des Besitzes das Wissen darüber, welches Thier in die Falle hineingerathen sei, so ist schon in dem Bisherigen gezeigt worden, daß es für den Besitzerwerb des Bauervogts Rickert an dem fraglichen Dachse auf sein Wissen, daß und wann derselbe in die Falle hineingerathen, überall nicht ankam, daher es um so weniger releviren kann, daß er Anfangs nach der Erzählung seines Bruders geglaubt hat, daß ein Fuchs in der Falle gewesen sei. Er hat jedenfalls den Fang desjenigen Thieres, welches in die Falle hineingerathen ist, gewollt.

Ist nun aber nach dem Bisherigen anzunehmen, daß der Supplicant den bei ihm gefundenen Dachs aus dem Besitze des Bauervogts Rickert entwandt hat, so wird auch die Rechtswidrigkeit seiner Absicht nicht bezweifelt werden können.

Allerdings ist in einem in den

Schl. H. Anz. 1851, S. 343,

abgedruckten, auch in der Recursschrift erwähnten Falle von dem Obercriminalgericht das Vorhandensein des Dolus bei dem Finder eines Schatzes, welcher denselben behalten hatte, verneint worden, weil die Präsumtion der Kenntniß des Rechtes nicht eintrete, wenn die strafrechtliche Beurtheilung von der Bekanntschaft des Inculpaten mit einer ganz positiven Vorschrift des Civilrechts abhänge; aber einestheils wird die Anwendung dieses Grundsatzes im vorliegenden Fall als bedenklich erscheinen müssen, weil die Regeln über den Erwerb des Besitzes und des Eigenthums dem natürlichen Rechtsbewußtsein näher liegen, jedenfalls nicht als ganz positive Vorschriften des Civilrechts bezeichnet werden können, und anderntheils hat der Supplicant selbst im Lauf der Untersuchung seine Ansicht über die Rechtswidrigkeit der Entwendung des Dachses aus dem fremden Eisen sowohl im Allgemeinen durch sein beharrliches Leugnen und den Mangel jedes Versuchs, sich auf seine bona fides zu

berufen, wie auch speciell dadurch ausgesprochen, daß er erzählt, daß nach seiner Meinung der Dachs aus der Falle geholt worden sei, weil der Unbekannte, der seiner Behauptung zufolge die Entwendung verübt haben soll, davongelaufen sei, als er den Supplicanten erblickt habe.

Das Holsteinische Obercriminalgericht hat aus den in dem Bisherigen entwickelten Gründen dem Supplicanten den nachstehenden abschlägigen Bescheid ertheilt:

Auf die **sub præs.** den 26. Mai d. J. bei dem Traventhaler Amthause eingereichte, mit Bericht eingesandte Supplicationsschrift für den von dem Traventhaler Amthause wegen zweiten Diebstahls zu einer viermal fünftägigen Gefängnißstrafe bei Wasser und Brot verurtheilten Inculpaten Friedrich Runge aus Sühlen,

wird,

in Erwägung, daß, wie bereits in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Erkenntnisses näher dargelegt worden, Inculpat seines Leugnens ungeachtet für überführt erachtet werden muß, einen Dachs, welcher in dem vom Bauervogt Rickert ausgestellten Fangeisen festgerathen war, aus dem Eisen genommen und sich zugeeignet zu haben;

in weiterer Erwägung, daß zwar die Subsumirung dieser Handlung unter dem Begriff des gemeinen Diebstahls voraussetzt, daß der im Eisen gefangene Dachs sich im Besitze des Damnificaten befunden hat, daß dies aber mit Grund von dem Traventhaler Amthause angenommen worden, da für den Bauervogt Rickert, welcher bei Ausstellung des Fangeisens natürlich die Absicht verfolgt hat, sich damit eines Dachses oder Fuchses zu bemächtigen, die Vollendung des Besitzerwerbes nicht von der erlangten Kunde des stattgehabten Fanges bedingt gewesen, vielmehr nur die Erlangung des körperlichen Requisites des Besitzes, der physischen Gewalt, erfordert hat, Damnificat diese aber in dem Augenblick des Festgerathens des Dachses erlangt hat, da das Eisen auf dem ihm jederzeit zugänglichen, von ihm gepachteten Jagdrevier ausgestellt gewesen, auch den Umständen nach der Möglichkeit einer Selbstbefreiung des Dachses aus dem Eisen nicht Raum gegeben werden darf,

cf. l. 1. 55 D. de acq. rer. dom.;

in Erwägung ferner, daß im vorliegenden Fall auch nicht angenommen werden kann, daß der Supplicant ohne Bewußtsein der Rechtswidrigkeit seiner Handlungsweise sich des gefangenen Dachses bemächtigt hat, da die in Berücksichtigung kommenden Rechtsgrundsätze dem natürlichen Rechtsgefühl entsprechen, Supplicant auch durch sein Verhalten während der Untersuchung sein Schuldbewußtsein beurkundet hat, und

in Erwägung endlich, daß die erkannte Strafe in Betracht, daß der vorliegende Diebstahl rechtlich als zweiter Diebstahl zu characterisiren, als eine dem Verschulden des Supplicanten entsprechende Strafe angesehen werden muß;

hierdurch von Obercriminalgerichtswegen

ein abschlägiger Bescheid ertheilt, Supplicant auch schuldig erkannt, die zu 10 ß R.-M. bestimmten Kosten der Supplicationsschrift, sobald er des Vermögens, zu erstatten.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obercriminalgericht zu Glückstadt, den 20. Aug. 1855.

Auf die hiegegen wieder eingelegte Supplication des Inculpaten erfolgte der nachstehende, nur das Maaß der erkannten Strafe herabsetzende Bescheid.

Namens Sr. Königl. Majestät.

Auf die am 18. October d. J. durch einen Procurator hier eingereichte Supplicationsschrift des wegen zweiten kleinen Diebstahls zu einer viermal fünftägigen Gefängnißstrafe bei Wasser und Brot, sowie zur Erstattung der Untersuchungskosten verurtheilten Schäfers Friedrich Peter Heinrich Runge zu Sühlen, wider das Erkenntniß des Holsteinischen Obercriminalgerichts vom 20. August d. J.,

wird,

in Erwägung, daß zwar mit Beziehung auf die dem Erkenntniß des Traventhaler Amthauses vom 30. Januar d. J. und dem abschlägigen Bescheide des Obercriminalgerichts vom 20. August d. J. vorangestellten Entscheidungsgründe der Supplicant der Entwendung eines Dachses aus einem Fangeisen, worin derselbe sich gefangen hatte, für überführt zu erachten, diese That auch als ein Diebstahl anzusehen ist, daß jedoch in Betracht der Beschaffenheit des entwandten Gegenstandes und der ohne dringende Veranlassung zwei Monate ausgestandenen Untersuchungshaft die erkannte Strafe als zu hart erscheint,

hiemit der Bescheid ertheilt:

daß die erkannte Strafe auf eine zweimal fünftägige Gefängnißstrafe bei Wasser und Brot herabzusetzen sei.

Die Rechnung des Anwaltes des Supplicanten wird zu 24 ß R.-M. bestimmt. Die Rechnung des Procurators kann, da die Supplicationsschrift nebst den Untersuchungsacten dem Traventhaler Amthause zur kostenfreien Beförderung hierher hätte übergeben werden können und sollen, nicht passiren.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Oberappellationsgerichte zu Kiel, den 22. Novbr. 1855.

Allerhöchst privilegirte
Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen **Henrici** *und* **Lucht.**
Gedruckt bei **Augustin** *in Glückstadt.*

21. Stück. Den 26. Mai 1856.

Entscheidungen.

Die Justification eines impetrirten Arrestes wird dadurch nicht wegfällig, daß die Parteien sich über die Substituirung eines andern Arrestobjects einig geworden sind. — Erfordernisse der Arrestanlegung.

(Beschluß.)

Die Implorantin hat gegen dieses Erkenntniß das Rechtsmittel der Appellation eingewendet, dasselbe rite prosequirt und ihre Beschwerden dahin gestellt:

1) daß, wie geschehen, und nicht vielmehr dahin erkannt worden, daß der unterm 22. Februar d. J. vom Stadtpräsidio verhängte Arrest für justificirt zu erachten und die an die Stelle des Arrestobjects getretene Caution von 1000 ℔ Cour., gleich nunmehrigen 533 ℛ 32 ß R.-M., bis zu ausgemachter Hauptsache für den libellirten Schadensersatz s. w. d. a. hafte, unter Refusion der Kosten dieses Verfahrens; event.
2) daß die durch die spätere Vereinbarung an die Stelle des Arrestobjects getretene Caution von 1000 ℔ Cour., gleich nunmehrigen 533 ℛ 32 ß R.-M., für wegfällig erklärt worden, unter Verurtheilung der Justificantin und Appellantin in die Kosten des Verfahrens, und daß nicht vielmehr dahin erkannt worden, daß diese Caution bis zu ausgemachter Hauptsache für den libellirten Schadensersatz s. w. d. a. hafte, unter Verurtheilung der Gegenpartei in die Kosten des Justificationsverfahrens;
3) höchst eventuell, daß die vereinbartermaaßen an die Stelle des Arrestobjects getretene Caution von 1000 ℔ Cour., gleich nunmehrigen 533 ℛ 32 ß R.-M., für wegfällig erklärt worden, unter Refusion der Kosten, und daß nicht vielmehr dahin erkannt worden, daß es (rücksichtlich der Forthaftung dieser vereinbarten Caution bis zu ausgemachter Hauptsache) eines Justificationsverfahrens unter Parteien nicht bedurft habe, unter Verurtheilung des Justificaten und Appellaten in die Kosten dieses Verfahrens, event. unter Compensation dieser Kosten, oder wie dies Erkenntniß besser zu fassen.

Es steht demnach in Frage, ob überall eine Arrestjustification erforderlich war, und event. ob diese Justification gelungen ist.

In Erwägung nun, was die principale Frage betrifft, ob überall eine Arrestjustification nöthig gewesen sei, daß der unterm 22. Februar v. J. impetrirte Arrest **darum** nicht aufgehört hat, ein auf einseitiges Imploriren verhängter zu sein, weil die Parteien sich über die Substituirung eines andern Arrestobjectes einig geworden sind, indem Implorat nirgends, namentlich auch nicht *in termino substitutionis*, den 27. Febr. v. J., der Implorantin ein Recht auf Arrest oder Cautionsleistung zugestanden, vielmehr lediglich mit Zustimmung der Implorantin die Caution zu dem Ende bestellt hat, daß dieselbe

an die Stelle des Objectes des unterm 22. Febr. v. J. **verfügten Arrestes**

treten solle, welchemnach die Arrestlegung selbst nach wie vor als eine **verfügte**, nicht pactirte Maaßregel der Justification bedurfte;

in Erwägung sodann, die Würdigung der unternommenen Justification betreffend, daß der Capitain Rivers, wie aus dessen dem Justificationsrecesse angelegten Proteste vom 20. Febr. v. J. hervorgeht, schon am Tage nach der geschehenen Ansegelung, mit-

hin schon vor Ausbringung des erst am 21. ejusd. nachgesuchten Arrestes, davon völlig unterrichtet war, daß der Schooner „Immanuel" und der denselben führende Capitain Hein Breckwoldt nach Blankenese zu Hause gehörten, mithin eine Schwierigkeit für die Rechtsverfolgung des Schiffes und seines Führers sich hier im Lande überall nicht darbot;

daß aber auch eine Gefahr für die Realisirbarkeit der unerheblichen Ersatzansprüche in keiner Weise indicirt war, indem die bloß gedachten Möglichkeiten, daß Capitain Breckwoldt die Heimath meiden und der von ihm geführte Schooner „Immanuel" verunglücken könnte, doch nur unter der Voraussetzung von einigem Belange erachtet werden konnten, wenn deren Bestimmung damals eine in See gehende gewesen wäre,

wird, in Erwägung vorstehender Gründe und unter Bezugnahme auf die Entscheidungsgründe des **judicio a quo**, nach eingelegten Unterinstanzacten und Recessen, wie auch nach stattgehabter mündlicher Verhandlung, von Obergerichtswegen für Recht erkannt:

daß **sententia a qua** des Glückstädter Magistrats vom 3. Mai v. J. pure zu confirmiren und **ad exequendum** zu remittiren, unter Verurtheilung der Appellantin in die Kosten der Appellationsinstanz.

Wie denn solchergestalt hiedurch erkannt wird

V. R. W.

Urkundlich 2c. **Publicatum** im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 29. März 1855.

Im Amte Reinbeck können auf Extracte aus dem Schuld- und Pfandprotocoll, welche die Stelle förmlicher Obligationen vertreten, unbedingte Mandate abgegeben werden.

In Supplicationssachen des früheren Erbpächters Fr. Wilh. Grosse zu Reinbeck, Imploraten, jetzt Supplicanten, wider Carl Louis Thorschmidt in Hamburg, Imploranten, jetzt Supplicaten, wegen einer liquiden Schuld s. w. d. a.;

ergeben die Acten:

Der jetzige Supplicat hat bei dem Reinbecker Amthause wider den Supplicanten vorgebracht, in Gemäßheit des im Original angelegten Extracts aus dem Schuld- und Pfandprotocoll des Amts Reinbeck habe der Implorat unterm 12. Septbr. 1854 consentirt, daß zufolge des § 2 des Kaufcontracts vom selbigen Datum die Summe von 7066 ℛ 64 ß R.-M. zu 4 pCt. jährlichen Zinsen und mit der Clausel, daß dieses Capital ohne weitere Kündigung am 1. Septbr. 1855 an den Imploranten auszubezahlen, in seiner zu Reinbeck belegenen Erbpachtsstelle versichert werden möge, welches demnach auch geschehen. Da Implorat dieser Verpflichtung nicht nachgekommen, so sei er selbstverständlich schuldig, vom 1./2. Septbr. 1855 an Verzugszinsen zu bezahlen, und ist daher auf Abgebung eines unbedingten Zahlungsbefehls auf die libellirte Summe **cum usuris** nebst 5 pCt. Verzugszinsen, vom 2. Septbr. 1855 angerechnet bis zur Zahlung, angetragen worden.

Das Reinbecker Amthaus hat darauf unterm 7. Septbr. 1855 den erbetenen Befehl unter Verurtheilung des Imploraten in die Kosten abgegeben, welchem Befehl dieser jedoch nicht nachgekommen ist, sondern folgende Einreden vorgebracht hat:

1) Das Mandat sei erschlichen, weil die Forderung des Imploranten, wie der Extract ergebe, aus dem am 12. Septbr. 1854 zwischen den Parteien abgeschlossenen Kaufcontract herrühre und demnach dieser Contract, welcher das eigentliche Schulddocument sei, dem Mandatsgesuche im Original hätte angelegt werden müssen. Statt dessen enthalte der fragliche Extract nur eine Bezugnahme auf den § 2 dieses Contracts, sei daher als ein **referens sine relato** anzusehen und um so weniger geeignet, die Abgebung eines unbedingten Mandats zu begründen, als daraus nichts weiter hervorgehe, als daß für die fragliche Forderung eine Hypothek bestellt worden sei, ohne daß über das Wesen dieser Forderung selbst irgend etwas darin enthalten sei;

2) stehe dem Imploranten die Einrede der fehlenden Legitimation entgegen. Zur Erledigung der mancherlei zwischen ihnen obwaltenden Differenzen habe Implorat sich nämlich brieflich an den Imploranten gewandt, sein Schreiben jedoch unerbrochen und, wie der anliegende Brief des Imploranten ergebe, mit dem Bemerken zurück erhalten, daß, wenn er außergerichtlich etwas von demselben verlange, Implorat sich nur an seinen Rechtsanwalt, Advocat Kochen in Wandsbeck, wenden möge. Es könne daher nicht zweifelhaft sein, daß die außergerichtlichen Mittheilungen, welche Implorat von dem Advocaten Kochen erhalten, eben so viel gelten müßten, als wenn sie vom Imploranten selbst gemacht seien, abgesehen davon, daß jener gerichts- und actenkundig der förmlich Bevollmächtigte des Imploranten in dessen noch unerledigten Rechtssachen mit dem Imploraten sei. In einem gleichfalls im Original angelegten Schreiben vom 29. Aug. 1855 habe nun der Advocat Kochen den Imploraten im Auftrage des Imploranten um eine Nachricht darüber ersucht, wie er die Auszahlung des am 1. September s. J. fälligen Kaufgeldes zu beschaffen gedenke, da es behufs der Tilgung, falls dieselbe persönlich

coram protocollo beschafft werden solle, noch einiger Vorbereitungen bedürfe, indem der Posten an Herrn Leesen in Hamburg cedirt sei. Dieselbe Mittheilung sei dem Imploraten von dem Cessionar mündlich durch einen Abgesandten gemacht, über welches **factum** der Eid deferirt worden ist, und sei daher Implorat in der Lage, daß er ohne Gefahr gar nicht an den Imploranten zahlen könne.

Replicando hat der Implorant **ad 1** bemerkt, es sei eine ganz notorische und auch durch das Kanzeleischreiben vom 3. August 1811 anerkannte Thatsache, daß im Amte Reinbeck die Originalextracte über protocollirte Gelder die Stelle förmlicher Obligationen verträten, wie denn auch derartige Extracte bisher beinahe ausnahmslos vom Actuariat als alleinige Beweisurkunden ausgefertigt worden seien. Es könne aber davon, daß der vorliegende Extract ein **referens sine relato** sei, um so weniger die Rede sein, weil eben die besondere Ausfertigung eines solchen Protocollextracts über protocollirte Kaufgelder getrennt vom Kaufcontract darthue, daß das bezügliche Capital nach dem Willen der contrahirenden Parteien nicht mehr als Theil des Kaufcontracts, sondern als ein für sich allein stehender Darlehnsposten betrachtet werden, und daher ohne Rücksicht auf den davon getrennten Kaufcontract und dessen sonstigen Inhalt exigibel sein solle. Ueberhaupt sei das Vorhandensein eigentlicher Schuldverschreibungen zur Abgebung eines unbedingten Mandats nicht unter allen Umständen erforderlich.

Ad 2 ist ausgeführt, daß die fragliche Einrede der fehlenden Activlegitimation nicht gehörig fundirt worden, denn aus dem angelegten Schreiben des Imploranten gehe keinesweges hervor, daß die von dem Advocaten Kochen in dessen Brief gemachte Nebenbemerkung darüber, daß der Posten an Herrn Leesen cedirt sei, jedenfalls im Auftrage des Imploranten geschehen sein müßte. Der ganze übrige Inhalt des gedachten Briefes beurkunde vielmehr, daß der Implorant das ganze Schuldverhältniß als lediglich zwischen ihm und dem Imploraten bestehend angesehen habe, da er persönlich die Tilgung beschaffen wollen. Eine förmliche Anzeige der gemachten Cession liege daher nicht vor, jedenfalls mangele es der Einrede aber an der erforderlichen Liquidität, da die beiden angelegten Schreiben auch noch andere Erklärungen zuließen, wie denn überhaupt eine Cession gar nicht stattgefunden habe, wie die beigebrachte, von dem angeblichen Cessionar vor einem Notar und zwei Zeugen abgegebene Erklärung ergebe, nach welcher der fragliche Extract bei demselben nur als Pfand hinterlegt und an den Imploranten sowohl zur Empfangnahme und Tilgung desselben am Tage der Fälligkeit, als auch zur eventuellen gerichtlichen Klagerhebung, und zwar beides für eigene Rechnung und in seinem eigenen Namen, dem Imploranten zur Disposition gestellt und ausgehändigt worden ist, die Pfandansprüche des angeblichen Cessionars auch durch Bezahlung der Hauptschuld getilgt sind. Die angebliche Anzeige von Seiten des Cessionars sei überhaupt irrelevant, weil gar nicht behauptet worden sei, daß Jener die Thatsache, daß ihm cedirt worden, nachgewiesen habe, was allein eine rechtsverbindliche Anzeige herstellig machen könne. Außerdem habe dieses selbstverständlich nicht nachgewiesen werden können, weil nach dem angezogenen Kanzeleischreiben zu einer rechtsgültigen Cession eine Anzeige beim Schuld- und Pfandprotocoll und eine desfällige Vormerkung auf dem Extract erforderlich sei, welche letztere auf dem vom Imploranten beigebrachten Extract fehle. Die fragliche Nebenbemerkung in dem Briefe des Advocaten Kochen beziehe sich daher auch nur auf die Verpfändung des Extracts. Endlich habe der Gegner auch nach Empfang des gedachten Briefes den Imploranten noch als seinen Creditor anerkannt, indem er am 28. Septbr. einen Theil der in dem Befehle vom 7. f. M. auferlegten Zahlung prästirt, nämlich die vom 1. October 1854 bis zum 1. September 1855 berechneten Zinsen, berichtigt habe, sowie er auch sich späterhin noch bereit erklärt, die Auszahlung zu beschaffen, dieser Erklärung aber nicht nachgekommen sei. Nachdem der Implorant schließlich **event.** den deferirten Eid acceptirt, da die betreffende Person nicht in v. Leesen's Namen, sondern aus eigenem Antriebe gehandelt, ist um Abgebung eines **mandatum arctius** unter Abziehung der mit 339 ℳ 13 ß R.-M. gezahlten Zinsen gebeten.

Das Reinbecker Amthaus hat darauf unterm 23. October 1855 das unterm 7. September f. J. abgegebene Mandat bestätigt und den Imploraten befehligt, nunmehr binnen 14 Tagen, bei Vermeidung der Pfändung, diesem Mandat, abzüglich der bereits **a Conto** geleisteten Zinszahlung von 339 ℳ 13 ß R.-M., zu geleben, unter Verurtheilung in die Kosten.

Gegen dieses Erkenntniß hat der Implorat das Rechtsmittel der Supplication eingewandt, solche **rite** prosequirt und dahin gravaminirt:

1) daß nicht der abgegebene Zahlungsbefehl auf Grund der erhobenen Einwendungen wieder aufgehoben,
2) daß derselbe nicht mindestens auf Grund der zweiten Einrede hinsichtlich der Verzugszinsen abgeändert und auf den Hauptstuhl eingeschränkt worden,

und steht nach eingezogener Erklärung des Gegentheils zur Frage, ob diese Beschwerden begründet sind.

In Erwägung nun, daß, wenn der Implorant auf Grundlage des Kaufcontracts die libellirten Kaufgelder eingeklagt, allerdings behufs Erwirkung eines

unbedingten Zahlungsbefehls der fragliche Contract selbst hätte producirt werden müssen und der Extract aus dem Schuld- und Pfandprotocoll, so weit er nur eine Bezugnahme auf den Contract enthält, nicht für geeignet erachtet werden kann, das Original-Schulddocument zu ersetzen; daß aber der Implorant seine Bitte um Abgebung eines unbedingten Zahlungsbefehls nicht sowohl auf den abgeschlossenen Kauf, als auf die erfolgte Protocollation und den darüber ertheilten Extract aus dem Schuld- und Pfandprotocoll begründet hat und es sich daher frägt, in wie fern hiedurch eine neue causa debendi entstanden ist, aus welcher unabhängig von dem ursprünglichen Kaufcontract geklagt werden kann;

in Erwägung nun, daß nach dem im Amte Reinbeck geltenden Herkommen, wie solches durch das Kanzleischreiben vom 3. August 1811 Bestätigung gefunden hat, die Originalextracte über protocollirte Gelder die Stelle förmlicher Obligationen vertreten; daß demnach der von dem Schuldner ertheilte Consens zur Protocollirung des fraglichen Theils des Kaufgeldes nebst der Clausel über die Zinsen und die Fälligkeit, woran sich sofort die Ertheilung des Extractes angeschlossen hat, nicht als die bloße Bewilligung einer Hypothek für die protocollirten Kaufgelder angesehen werden kann, daraus vielmehr den Verhältnissen nach zugleich die Absicht entnommen werden muß, dem Gläubiger außerhalb des Kaufcontracts eine neue Zusicherung über die Zahlung dieser Summe zu geben; daß demnach ein constitutum debiti proprii vorliegt, welches eine selbstständige Klage gewährt und, da die Voraussetzungen und der Inhalt dieses Rechtsgeschäfts aus dem beigebrachten Extracte liquide hervorgehen, die von dem Imploraten vorgebrachte formelle Einrede sich als unbegründet darstellt;

in Erwägung, daß die vorgeschützte Einrede der mangelnden Activlegitimation durch die replicando beigebrachte Bescheinigung des angeblichen Cessionars v. Leesen ihre Erledigung gefunden hat; daß ferner auf Grund derselben eben so wenig eine Abänderung des angefochtenen Erkenntnisses hinsichtlich der dem Imploranten zuerkannten Verzugszinsen zu rechtfertigen steht, indem eine förmliche Anzeige über eine geschehene Cession nicht vorliegt und der Implorat, falls er wegen der in dem Briefe des Advocaten Kochen, den er allerdings als Mandatar des Imploranten zu betrachten berechtigt war, über die Cession enthaltenen Bemerkung und der behaupteten Mittheilung von Seiten des angeblichen Cessionars Bedenken getragen, ohne Weiteres an den Imploranten zu zahlen, alle Gefahr durch gerichtliche Deponirung der fraglichen Gelder von sich hätte abwenden können, gegenwärtig aber, da die von ihm gehegten Zweifel sich als unbegründet erwiesen haben, die rechtlichen Folgen der mora solvendi haben eintreten müssen,

wird auf die sub praes. den 14. Novbr. v. J. hieselbst eingereichte Supplicationsschrift, nach darüber eingezogener Erklärung des Gegentheils, von Obergerichtswegen

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt, Supplicant auch schuldig erkannt, die zu 15 ℳ R.-M. bestimmten Kosten der Gegenerklärung innerhalb 4 Wochen zu erstatten.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 3. Januar 1856.

Die Abgebung eines unbedingten Mandats setzt voraus, daß der Impetrant die Schuldurkunde in Händen hat.

In Sachen des Carl Louis Thorschmidt in Hamburg, Imploranten und Supplicanten, wider den Hofbesitzer Friedrich Grosse in Reinbeck, Imploraten, wegen liquider schuldiger Lieferung von 5750 Soden Torf, 19 Faden Holz und 96 Sack Kartoffeln, jetzt Recurs gegen den Bescheid des Reinbecker Amthauses vom 9./10. Mai d. J.;

ergeben die Acten:

Der Supplicant hat bei dem Reinbecker Amthause auf Abgebung eines unbedingten Mandats wider den Hofbesitzer Friedrich Grosse in Reinbeck angetragen und diesen Antrag auf ein Document begründet, welches folgendermaaßen lautet:

Reinbeck, den 6. Octbr. 1854.

Rechnung für Herrn Carl Thorschmidt über franco Hamburg zu liefernde

6000 Stück Torf a Ct.ℳ 9 pr. Ct. . . .	21	24
20 Faden Buchenholz a ℳ 6	120	—
100 Sack Kartoffeln a Ct.ℳ 2	80	—
Pr. Ct.ℳ . .	221	24

Empfangen

Friedrich Grosse.

Hiervon seien bisher nur 250 Soden Torf, 1 Faden Holz und 4 Säcke Kartoffeln geliefert, und ist demnach gebeten worden, dem Imploraten anzubefehlen, die noch restirende Lieferung binnen 4 Wochen an den Imploranten franco Hamburg zu beschaffen und gleichzeitig die angeursachten Kosten zu erstatten.

Auf diese Bitte ist dem Imploranten vom Reinbecker Amthause unterm 9. Mai d. J. zu erkennen gegeben, daß auf das fragliche Document hin das beantragte unbedingte Mandat nicht abgegeben werden

könne. Hiergegen hat der Implorant das Rechtsmittel der Supplication eingewandt und gebeten, daß dem Amthause aufgegeben werden möge, das erbetene Mandat abzugeben, und steht daher lediglich zur Frage, ob auf Grundlage des vorliegenden Documents ein unbedingtes Mandatsverfahren eingeleitet werden kann.

In Erwägung nun, daß der Inhalt der fraglichen Rechnung allerdings geeignet erscheinen muß, den Richter davon zu überzeugen, daß zur Zeit der Ausstellung derselben die Verpflichtung zur Lieferung der darin näher bezeichneten Gegenstände bestanden hat, und im Allgemeinen nur die Entstehung eines Rechtsverhältnisses von dem, der einen Anspruch darauf begründen will, bewiesen zu werden braucht; daß jedoch im Mandatsprocesse wegen der ungleich günstigeren Lage, in welcher sich der Kläger dem Beklagten gegenüber befindet, in der Regel auch eine Präsumtion für das Vorhandensein der geltend gemachten Forderung zur Zeit der Klage nothwendig ist, welche sich für den Imploranten daraus ergiebt, daß er das Original-Schulddocument noch in Händen hat;*)

in fernerer Erwägung, daß freilich von dieser Regel durch den § 7 der Verordnung vom 25. Juli 1781 insofern eine Ausnahme gemacht ist, als auch auf einen Bilateralcontract unbedingte Mandate abgegeben werden können, wo die gedachte Präsumtion sich häufig nicht wied begründen lassen; daß jedoch keine Veranlassung vorliegt, über diese vom Gesetz gemachte Ausnahme hinauszugehen, und in Fällen, wo nicht einmal eine Contractsurkunde vorhanden ist, auf jede Scriptur hin, welche darthut, daß einmal eine Forderung bestanden hat, unbedingte Zahlungsbefehle abzugeben, im vorliegenden Falle aber nur eine Quittung über **praenumerando** geleistete Zahlung für verschiedene gelieferte Gegenstände producirt worden ist, welche offenbar den Zweck hat, auch nach erfolgter Lieferung in Händen des Imploranten zu bleiben und daher dafür, daß die Lieferung noch nicht beschafft ist, keinerlei Wahrscheinlichkeit giebt,

wird auf die **sub praes.** den 31. Mai d. J. hieselbst eingereichte Supplicationsschrift, nach darüber eingezogenem Bericht des Reinbecker Amthauses, von Obergerichtswegen

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 27. August 1855.

---

*) Vgl. den in dem 19. Stück dieses Jahrganges, S. 140 mitgetheilten Rechtsfall.

Criminalfälle.

Versuch des Raubmordes, Diebstahl und Unterschlagung. — Die den Familiendiebstahl betreffenden Vorschriften des Art. 165 der peinlichen Halsgerichtsordnung leiden auch Anwendung auf die Verbrechen der Unterschlagung und Veruntreuung.

Der Zimmermann Claus Jochim Döhrling in Lütjensee war am 2. August 1852, Morgens 4 Uhr, vom Hause fortgegangen in der Absicht, sich nach Sassel zu begeben, wo er in Arbeit stand. Ein Besuch bei einem Bekannten, Namens Dittmer, hatte ihn etwas aufgehalten und er hatte deshalb nur eine kurze Strecke Wegs zurückgelegt, als um 4½ Uhr ein junger, stattlicher Mann, bekleidet mit einem runden Hut, Wichsstiefeln und dunklem Rock und Hose, zu ihm stieß. Der junge Mensch hatte einen Cigarrenstummel im Munde und bat, ihm Feuer zu geben, indem er nach der Uhr fragte, auf welche Frage Döheling, ohne eine Uhr hervorzuziehen, die er auch nicht bei sich führte, Antwort ertheilte. Ueber den nassen Nebel klagend stellte sich darauf der Fremde hin, um seine Hosen aufzukrämpen. Döhrling blieb inzwischen einige Augenblicke neben ihm stehen. Dann begab er sich wieder weiter, der junge Mann folgte ihm auf den Fuß und während sie so dicht hinter einander hergingen, erhielt Döhrling plötzlich einen Schuß in den Kopf und sank besinnungslos zur Erde. Wie lange er so dort gelegen und was inzwischen mit ihm vorgegangen, ob der Fremde ihn betastet und seine Taschen untersucht, weiß er natürlich nicht. Seine ganze Baarschaft bestand aus 5 ß, die er später noch vorfand. Als er wieder zur Besinnung kam, sah er den Fremden, der weder einen Stock, noch sonst etwas in der Hand gehalten und ihm so nahe auf den Fersen gefolgt war, daß er, wie Döhrling bemerkt, schon deshalb sich nur eines Terzerols als Schußwaffe hatte bedienen können, querfeldein ins Korn laufen. Derselbe war nur etwa 20 Schritte von ihm entfernt. Döhrling schrie und bölkte nun, wie er sagt, aus Leibeskräften, es kam ihm aber Niemand zur Hülfe. Darauf raffte er sich auf und ging zu Dittmer, der ihn nach Trittau begleitete, wo er denn von dem Dr. und Physicus Schorer verbunden ward.

Letzterer hat später über den Befund in seinem Gutachten Nachstehendes bemerkt:

Der einige 40 Jahre alte Zimmermann Döhrling, ein Mann von gesunder, robuster Constitution, habe am 2. Aug. am Hinterkopf eine Wunde gehabt, welche ihm unverkennbar mit einer Schußwaffe von fremder Hand zugefügt worden. Die Wunde sei auf dem

Hinterhauptbein etwa einen Zoll linkerseits von der äußeren Erhabenheit des Hinterkopfes gewesen. Der Umfang derselben habe vier Linien im Durchmesser betragen und angefüllt sei die Wunde gewesen mit dem eignen Haar des Döhrling. Außerdem seien in der Wunde einige Hagelkörner, s. g. Fuchshagel, gefunden. Nachdem die Wunde, welche in einer runden Oeffnung mit gequetschten, rissigen Rändern bestanden, gereinigt worden, habe das Hinterhauptbein in einem Umfang von vier Linien ganz entblößt vorgelegen. Die äußeren Bedeckungen der Hirnschaale und die Beinhaut seien penetrirt gewesen, jedoch sei der Schuß in die Substanz des Kopfknochens nicht gedrungen, sondern durch die Stärke und Härte des Hinterhauptbeins abgewehrt worden und habe sich in einer Länge von 1 Zoll im Schußcanal, welcher hart an der Hirnschale nach links und vorne verlaufen, verfolgen lassen.

Ueber die Bedeutsamkeit einer solchen Wunde bemerkt Dr. Schorer in seinem am 30. August erstatteten Gutachten, daß dieselbe mit Rücksicht auf die dabei fast unvermeidlich eintretende Gehirnerschütterung sehr leicht lebensgefährlich werden könne.

Seine Wunde hinderte indessen den Döbrling nicht, noch am nämlichen Tage selbst auf der Amtstube zu erscheinen, und er war auch in den folgenden Tagen noch im Stande, sich selbst zu seinem Arzt nach Trittau zu begeben. Später war ihm dies freilich nicht mehr möglich; er hat sich aber doch nach längerem Krankenlager gänzlich erholt, und in einem nachträglichen Gutachten spricht sich der Dr. Schorer dahin aus, daß die gegründetste Hoffnung dafür vorhanden sei, daß die Schußwunde auch späterhin keine sonstigen Nachtheile für den Gesundheitszustand des Verwundeten äußern werde, der nunmehr auch schon wieder seine Arbeit ohne Beschwerde verrichte.

An demselben Tage, an dem der Zimmermann Döhrling seiner beeidigten Aussage zufolge auf die angegebene Weise von einem jungen wohlgekleideten Manne meuchlerisch überfallen worden, ward Nachmittags zwischen 3 und 4 Uhr von einem jungen Menschen, der ebenso beschrieben wird, wie letzterer, in der zum Lauenburgischen Dorfe Lienau gehörigen Wohnung des Anbauers Benn ein Diebstahl mittelst Einbruchs verübt.

Schon des Morgens war dieser junge Mann in die Wohnung des Anbauers Benn gekommen und hatte dessen Frau, die allein zu Hause war und ihrer Schwerhörigkeit wegen nicht verstanden, was er ihr sagte, durch sein dreistes Auftreten sehr erschreckt. In ihrer Angst war sie aus der Stube gelaufen und hatte, dabei den Fremden immer im Auge behaltend, wiederholt ihren Mann gerufen, um den Unbekannten zu dem Glauben zu veranlassen, daß ihr Mann in der Nähe sei. Der junge Mensch hatte sich auch darauf entfernt und sie hatte dann Nachmittags, um Himbeeren zu pflücken, auch das Haus verlassen, nachdem sie es von allen Seiten wohl verschlossen. Als nun Abends zuerst der Mann und demnächst auch sie nach Hause zurückkehrte, wurden sie von ihrem kleinen neunjährigen Sohne mit der Nachricht empfangen, daß derselbe Fremde, der des Morgens bei der Mutter gewesen, am Nachmittag wiedergekommen sei, ihn und einen zweiten kleinen Knaben, mit dem er beim Hause gespielt, unter Bedrohung mit einem Messer verscheucht und dann durchs Fenster ins Haus gestiegen und alles Geld gestohlen habe. Bei näherer Nachsicht fanden sie, daß eine Fensterscheibe zerschlagen und ihre beiden Koffer von dem Diebe mit den im Hause zurückgelassenen Schlüsseln geöffnet waren. Alles Geld, was sie im Sommer mit Bickbeerenpflücken verdient, circa 12 ℔ in verschiedenen Münzsorten, unter denen namentlich auch ein Preußisches 14-Schillingsstück, war ihnen gestohlen und ihr Leinenvorrath war augenscheinlich durch einander gerissen. Sie vermißten außer dem Gelde 2 Stücke Leinen a 8 bis 10 Ellen, und nur, weil sie ihren Leinenvorrath in längerer Zeit nicht genau untersucht gehabt, haben die Eheleute Benn Bedenken getragen, mit Entschiedenheit zu behaupten, daß ihnen das Leinen zugleich mit dem Gelde entwandt worden.

Wegen dieser beiden Verbrechen ist der Inculpat Walther von dem Trittauer Amthause zur Untersuchung gezogen worden.

Claus Hinrich Ludwig Walther, der eheliche Sohn des Papiermachers Walther in Trittau, ist in Grünwold am 5. Mai 1827 geboren und war mithin zur Zeit der That zwischen 25 und 26 Jahren alt. Er hat die Schule in Trittau regelmäßig besucht und sich gute Schulkenntnisse erworben. Seine Aufführung ist aber schon in der Schule sehr schlecht gewesen. Nach seiner Confirmation erlernte er die Sattlerprofession bei dem Sattlermeister Werkmeister in Altona, und dieser, bei dem er auch später wiederholt kurze Zeit als Geselle gearbeitet, ist mit ihm im Ganzen recht gut zufrieden gewesen. Dagegen lautet das Zeugniß des Sattlermeisters Groth in Bergedorf, bei dem Walther später 10 Tage in Arbeit gestanden, in jeder Beziehung sehr schlecht. Derselbe macht ihm zum Vorwurf, daß er ihn habe verleiten wollen, aus einem Sopha, den er in Arbeit gehabt, die Krollhaare herauszunehmen und mit Heede zu ersetzen. Auch hat Groth ihn in Verdacht gehabt, daß er ihm verschiedene Werkzeuge gestohlen. Inculpat soll auch, während er im Jahre 1848 beim 9. Bataillon gestanden, wegen Diebstahls bestraft worden sein; desfallsige Acten haben sich aber nicht auffinden lassen und über seine sonstige Aufführung während seines Militairdienstes constirt nur, daß er als sehr leichtfertig von seinen Vorgesetzten characterisirt, auch einmal mit vierwöchigem Mittelarrest belegt worden, weil er über die

Zeit seines Urlaubs ausgeblieben und seinen Mantel angeblich verloren gehabt.

Nachdem er im Jahre 1851 permittirt worden und hiernächst eine Zeit lang in Altona und Bergedorf gearbeitet hatte, gelang es ihm, eine Concession zur selbstständigen Betreibung der Sattlerprofession in Trittau zu erlangen.

Ungefähr drei Wochen vor Ostern ging er im Auftrage seines Vaters nach Wandsbeck, um dort für diesen bei dem Advocaten Kochen die Summe von 107 ℔ zu erheben. Anstatt dies Geld seinem Vater, der in bedrängten Vermögensumständen lebt, abzuliefern, begab er sich mit dem Gelde nach St. Pauli, lebte hier acht Tage in dem Bordell „Vier Löwen" mit einem Freudenmädchen, welches er beschenkte und ins Theater führte, und kehrte dann am neunten Tage, nachdem er alles Geld verpraßt hatte, zu seinen Aeltern zurück, denen er vorlog, daß er das Geld verloren habe. In der Nacht von dem ersten auf den zweiten Ostertag verließ er hierauf Trittau unter Mitnahme eines ihm von seinen Aeltern zur Benutzung überlassenen Bettes, ließ dasselbe durch einen Bauern nach Wandsbeck fahren und verkaufte es dort an einen Juden für den Spottpreis von 26 ℔. Auch dies Geld brachte er wieder auf die nämliche Weise durch und trat dann bei der Wittwe Möller in Wandsbeck als Geselle in Arbeit. Bald nachher stahl er auf Hamburgischem Gebiete in einem Hause, wo er für seine Meisterin arbeitete, eine Uhr, und wegen dieser Entwendung, sowie wegen einer im Bordell begangenen Entwendung einer Broche, ward er hierauf von der Hamburger Behörde mit vierwöchiger Gefängnißstrafe belegt.

Nachdem er wegen Syphilis längere Zeit im Krankenhause gewesen und dann die erkannte Strafe abgehalten, sollte er, da sein Vater ihm nicht unbedingte Verzeihung hatte angedeihen lassen wollen, am 27. Juli an das Trittauer Amthaus abgeliefert werden. Es gelang ihm indessen in Schiffbeck, dem Polizeiofficialen zu entspringen.

Am 2. August ward er sodann Abends um 10 Uhr in dem Bordell „Vier Löwen" in St. Pauli arretirt. Der Polizeiofficiant Wehrhahn, durch den die Hamburger Polizeibehörde, welche bereits von dem meuchlerischen Attentat auf Döhrling in Kenntniß gesetzt worden, die Inhaftirung ausführen ließ, brachte den Arrestaten zunächst nach der Nachtwächterwache auf St. Pauli. Als er später visitirt wurde, fand man außer einer Summe baaren Geldes von 18 ℔ 11 ß sonst nichts Verdächtiges bei ihm. Gleich nachher bemerkte aber der Nachtwächter Geberding auf der Pritsche unmittelbar hinter dem auf einem Brett sitzenden Inculpaten einen fremdartigen Gegenstand, und als er mit demselben in dem sehr spärlich erleuchteten Wachlocale ans Licht ging, zeigte es sich, daß es ein Terzerol war. Inculpat leugnete gleich mit großer Frechheit, daß er das Terzerol von sich gelegt, und ist auch später beim Leugnen verharrt, ungeachtet alle anwesenden Polizeiofficialen es für unmöglich erklärten, daß ein Anderer das Terzerol dort hingelegt haben könne, weil Inculpat an jenem Abend der erste Arrestant gewesen, am Abend vorher kein Arrestant in der Wache gewesen und jeden Morgen das Wachlocal gereinigt und genau untersucht, auch den Tag über verschlossen gehalten werde. Uebrigens ist der Inculpat auch nicht bloß beim einfachen Ableugnen stehen geblieben, sondern hat auch die Behauptung vorgebracht, daß er gleich, nachdem er in die Wache gebracht, visitirt worden, während Wehrhahn und mit ihm fünf andere Officianten, die sämmtlich die Wahrheit ihrer Angaben bei ihrem Amtseid bekräftigt haben, ihrerseits erklären, daß Wehrhahn die Visitation erst vorgenommen, nachdem er sich eine kurze Zeit aus der Wache entfernt gehabt.

Das Terzerol ist, wie hier gleich bemerkt werden mag, geladen gewesen, und zwar mit Hagel von gleicher Beschaffenheit, wie die aus der Wunde des Döhrling herausgezogenen.

Ueber das bei ihm gefundene Geld hat Inculpat angegeben, daß er nach seiner Entweichung sich zunächst nach Wandsbeck begeben und sich von der Wittwe Möller sein Handwerksgeräth und seine Kleidungsstücke habe ausliefern lassen, daß er das Handwerksgeräth in Hamm und Horn für 3 ℔ 8 ß verkauft, eine Hose in Hamburg für 4 ℔ versetzt und das übrige Zeug daselbst für 9 ℔ verkauft habe. Eine Vernehmung der Wittwe Möller hat indessen ergeben, daß er von ihr nur das Handwerksgeräth erhalten, indem die Kleidungsstücke von ihr an die Hamburger Behörde ausgeliefert worden, und Inculpat hat nun seine Angabe dahin verändert, daß er, als er von Hamburg aus nach Reinbeck habe transportirt werden sollen, seine sämmtlichen Kleidungsstücke ein Stück über das andere angezogen habe. Daß er übrigens wirklich eine Hose am 28. Juli in Altona für 4 ℔ versetzt hat, ergiebt ein bei ihm vorgefundener Pfandschein. Aber selbst mit seinen eignen Angaben gelangt man doch immer nur zu der Summe von 16 ℔ 8 ß; und als ihm dies vorgehalten wird, nimmt er zu der Ausrede seine Zuflucht, daß er von dem für seinen Vater in Wandsbeck gehobenen Gelde noch einen Zehnmarkszettel besessen und fortwährend bei sich geführt habe, eine Behauptung, die nicht nur mit seinen früheren Aussagen, wonach er dies Geld ganz durchgebracht haben wollte, sondern auch mit dem Umstande im Widerspruch steht, daß er vom Hamburger Gefängnisse aus einen kläglichen Brief an das Freudenmädchen Helene Jensen geschrieben und sie flehentlich gebeten, ihm doch zur Erleichterung seiner traurigen Lage etwas Geld zu schicken.

Im Uebrigen lauten seine Aussagen dahin, daß er am Mittwoch, den 28. Juli, sich zu Fuß nach Kiel begeben und von dort erst am 2. August Abends zurückgekehrt sei. Einen weiteren Grund, als den, einige Tage von Hamburg entfernt zu sein, will er mit dieser Reise nicht verbunden haben und als Zeugen für sein angebliches **alibi** hat er Niemanden namhaft machen können. Es ist aber eine große Menge von Zeugen wider ihn aufgetreten. 26 Personen sind beeidigt, die sämmtlich gegen ihn Zeugniß abgelegt haben. Nichts desto weniger bleibt er mit der größten Kaltblütigkeit und Frechheit bei der Behauptung, daß deren Aussagen nicht wahr sein könnten, weil er sich auf der Landstraße zwischen Kiel und Altona befunden habe, und so wie er allen Zeugen stets mit der größten Unverschämtheit entgegengetreten, so hat er auch, um seiner Frechheit die Krone aufzusetzen, im Termin der Beeidigung von ihnen einen Nachweis gefordert, daß sie zur Communion gewesen, und ausdrücklich verlangt, daß es zu Protocoll bemerkt werde, daß er gegen ihre Beeidigung protestire, weil sie einen solchen Beweis nicht geliefert, auch nicht vom Prediger verwarnt seien.

Inzwischen ist nicht nur durch die Zeugen vollständig erwiesen, daß er sich schon seit dem 29. Juli in der Gegend umhergetrieben, wo die in Frage stehenden Verbrechen begangen sind, sondern es lassen sich auch, nach den Aussagen der Zeugen, namentlich rücksichtlich des hauptsächlich in Betracht kommenden Tages, des 2. August, alle Wege und Stege, die er gegangen, verfolgen.

Nach der beeidigten Aussage der Eheleute Ramm vom Sickerberge, die beide den Inculpaten mit der größten Entschiedenheit recognoscirt haben, kam er bei ihnen am Donnerstag, den 29. Juli an, übernachtete dort und ging am folgenden Tage fort, angeblich, um in Schönberg den Vogt Stahmer zu besuchen, den er fälschlich für einen Verwandten ausgab. Die folgende Nacht brachte er dann nach der beeidigten Aussage des Vogts Stahmer in Schönberg bei diesem zu, der ihn ebenfalls mit Entschiedenheit wiedererkannt hat, und kehrte hierauf am Sonnabend wieder zu dem Krugpächter Ramm in Sickerberge zurück, bei dem er bis Mittag des folgenden Tages verblieb. Nachdem er zu Mittag gegessen, begab er sich in den Garten, angeblich um unter einem Apfelbaum zu Mittag zu schlafen, ging aber, unter Zurücklassung seines Stockes, heimlich davon, ohne seine Zeche von 17 ß berichtigt zu haben.

Schon bei Ramm hatte, wie dieser deponirt, Inculpat mit dem Bemerken, daß er in der Lotterie spiele, nach einem Nummerträger gefragt und am nämlichen Tage, an dem er heimlich von Ramm fortgegangen, also am Sonntage, den 1. August, kam er bald nach Mittagszeit in die Kathe des Döhrling in Lütjensee. Die Ehefrau Döhrling, bei welcher sich Inculpat unter dem Bemerken, daß er Nummern besetzen wolle, nach dem Weg nach Bollmoor erkundigte, sagte ihm, wenn er einen Nummerträger suche, so brauche er deshalb nicht erst nach Bollmoor zu gehen, es wohne bei ihr in der Kathe ein Nummerträger und er könne nur in die Stube zu der Frau des Nummerträgers Schmahl gehen und dort seine Nummern aufschreiben lassen. Während Inculpat mit der Frau sprach, kam Döhrling auf die Diele, der sich indeß auf kein Gespräch mit dem Fremden einließ, und Inculpat ging hierauf in die ihm bezeichnete Stube der Ehefrau Schmahl. Letztere fragte er, deren beeidigten Aussage zufolge, ob er einen Lotteriezettel bekommen könne, und beauftragte sie, ihren Mann zu bitten, aus dem Bracker Kruge ein Packet abzuholen, welches er dort habe liegen lassen. Zugleich erkundigte er sich genau, wann ihr Mann nach Wandsbeck gehe, worüber sie ihm dahin Auskunft ertheilte, daß ihr Mann des Morgens um 4 Uhr wegzugehen pflege.

Die Schmahl, welche den Fremden ganz ebenso beschreibt, wie alle übrigen Zeugen, hat zwar die Identität der Person zu beschwören sich nicht getraut, erklärt aber, daß der Inculpat große Aehnlichkeit mit dem Manne habe, der bei ihr gewesen, und die Döhrling, welche ebenfalls auf ihre Aussage beeidigt ist, hat Walther mit großer Entschiedenheit recognoscirt.

(Die Fortsetzung folgt.)

Berichtigungen

zu der Abhandlung: Ueber den Thatbestand des qualificirten Diebstahls.

S. 94 Sp. 1 u. 2 statt „gewerlich" ist stets „geverlich" zu lesen.
S. 95 Sp. 1 Z. 9 v. u. lies: Anz. 1838, S. 168.
— — Sp. 2 Z. 25 lies: Anz. 1838, S. 168.
S. 97 Sp. 2 Z. 26 statt „Falck" lies: „Feuerbach".
S. 98 Sp. 1 Z. 25 lies: Anz. 1838, S. 119.
S. 101 Sp. 2 Z. 1 v. u. statt „Falck" lies: „Feuerbach".
S. 109 Sp. 2 Z. 1 v. o. statt „die V." lies: „der V."
S. 111 Sp. 1 Z. 4 v. o. der angeführte Fall findet sich Anz. 1842 S. 107.
S. 119 Sp. 2 Z. 10 v. u. statt S. 380 zu lesen S. 386.
S. 120 Sp. 1 Z. 16 v. o. statt S. 177 lies 171.
— — Sp. 2 Z. 18 v. o. statt S. 157 lies S. 151.
— — Sp. 2 Z. 17 v. u. statt S. 5 lies S. 19.
— — Sp. 2 Z. 16 ff. v. u. die hervorgehobenen Worte sind den Anz. 1841 S. 39 entnommen.

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

22. Stück. Den 2. Juni 1856.

Entscheidungen.

Durch die Einwendung eines unrichtigen Rechtsmittels werden die Fristen für den Gebrauch des richtigen Rechtsmittels nicht salvirt. — Erfordernisse der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

In Sachen der Ehefrau Anna Magdalene Dorothea Lühr, geb. Christier, zu Berstorf, c. cur. mar., Klägerin und Supplicantin, wider die übrigen im Testamente des weiland Vogts Johann Hinrich Friedrich Christier zu Köthel eingesetzten Erben, den Altentheiler Joh. Hinrich Thern zu Köthel tutor. noie. seiner minderjährigen Kinder und Genossen, Beklagte und Supplicaten, hauptsächlich wegen Erbschaft,

ergeben die Acten:

Im Jahre 1853 starb zu Köthel der unverehelichte Vogt Johann Hinrich Friedrich Christier, nachdem er kurz vor seinem Tode am 7. Novbr. f. J. ein Testament errichtet hatte, in welchem seine drei Halbgeschwister von ihm mit seinen vier Vollschwestern zu gleichen Theilen zu Erben eingesetzt und bestimmt worden, daß, wenn einer seiner instituirten Erben es sich unterfangen sollte, dieses sein Testament, aus welchem Grunde es immer sein möge, anzufechten, derselbe von seinem Nachlaß gänzlich ausgeschlossen sein solle. Das Testament ist gerichtlich solemnisirt und ist namentlich attestirt worden, daß der Testator bei gesunder Vernunft, Witz und Verstand angetroffen sei. Die eine der Vollschwestern des Testators, die Ehefrau Anna Dorothea Lühr zu Berstorf, ist darauf wider die übrigen im Testamente eingesetzten Erben wegen Annullirung desselben klagbar geworden und haben Parteien sich in termino den 6. Juli 1854 dahin vereinbart, daß diese Streitsache vor dem Amthause als dem forum prorogatum in scriptis verhandelt werde, sowie daß unter Vorbehalt der dritten Instanz ein etwaniger Recurs gegen das Amthauserkenntniß im Wege der Supplication an das Obergericht gelangen solle. In der Klage nun ward bemerkt, daß die Klägerin das Testament ihres Bruders, des verstorbenen Vogts Christier, als eine seinen wahren Willen enthaltende letztwillige Verfügung nicht anerkennen könne, weil sie sich überzeugt halte, daß der Erblasser sich während des Testiracts keineswegs im vollen Besitz seiner Geisteskräfte befunden habe. Zur näheren Begründung dieser ihrer Behauptung führte sie an: An dem Tage, an welchem das Testament gemacht worden, habe die Krankheit des Erblassers einen so hohen Grad erreicht, daß er fast fortwährend phantasirt und in den wenigen fieberfreien Augenblicken, die er gehabt, wegen körperlicher und geistiger Erschöpfung seiner Umgebung kaum die nothwendigsten Mittheilungen zu machen vermocht habe. Er selbst habe an jenem Tage geklagt, daß dasjenige, was er in einem Augenblick gesagt oder zu sagen beabsichtigt habe, im nächsten Augenblick seinem Gedächtniß wieder entschwunden sei. Der Dr. med. Richelmann aus Mölln, von welchem der Erblasser ärztlich behandelt werden, habe ihn am 7. November Nachmittags besucht und sich erst eine halbe Stunde vor dem Beginn des Testiracts entfernt. Als er während seiner Anwesenheit davon gehört, daß der Altentheiler Thern seinen Stiefsohn an jenem Tage zum Testiren veranlassen wolle, habe er dies nicht nur mit Rücksicht auf die übeln Folgen, welche jede Aufregung und Anstrengung auf den Kranken haben müsse, verboten, sondern zugleich auf das Entschiedenste erklärt, daß ein Testament nicht gemacht werden könne, weil der Kranke nicht bei voller Besinnung sei, und müsse daher die Gerichtsdeputation in dem von ihr attestirten Urtheil, daß der Testator im

vollen Besitze seiner Verstandeskräfte gewesen, sich geirrt haben. So wie nämlich der Testator vor dem Testiracte delirirt habe, eben so sei er unmittelbar nach diesem Acte in Fieberphantasien befangen und im letzten Stadium der Schwindsucht so schwach gewesen, daß er seinen Mund nicht ohne fremde Hülfe von dem ihn erstickenden Schleim befreien und nur sehr geringen Theil an der Unterredung mit der Gerichtsdeputation habe nehmen können.

Außerdem berief Klägerin sich auch darauf, daß der Testator sich nicht aus freiem Willen zu der angefochtenen letztwilligen Verfügung entschlossen, vielmehr wider ihn von dem Altentheiler Thorn ein moralischer Zwang ausgeführt worden sei, und führte in dieser Beziehung näher an: Schon lange vor dem Tode seines Stiefsohnes habe der Altentheiler Thorn diesem unaufhörlich angelegen, daß er doch zu Gunsten seiner Halbgeschwister über sein Vermögen letztwillig verfügen möge. Der Stiefsohn habe aber solche Zumuthungen, so lange er einigermaaßen bei Kräften gewesen, entschieden zurückgewiesen, und wenn er nun auch, nachdem in Folge der äußersten Erschöpfung die Widerstandsfähigkeit seines Willens gebrochen worden, um den fortwährenden Quälereien seines unermüdlichen Stiefvaters zu entgehen, sich endlich entschlossen habe, ein Testament zu machen, wie solches von ihm verlangt worden, so würde dasselbe doch schwerlich als eine aus dem eigenen freien Willen des Testators hervorgegangene letztwillige Verfügung angesehen werden können. Nun aber habe der Testator keineswegs in die Requisition der Gerichtsdeputation gewilligt, er habe vielmehr erst kurz vor deren Ankunft erfahren, daß an jenem Tage ein Testament gemacht werden solle. Er habe ferner die vom Altentheiler Thorn im angeblichen Auftrage vorgenommene Requisition keineswegs nachträglich gut geheißen, sondern, sobald er Kunde davon erhalten, ausdrücklich erklärt, daß die Deputation nicht kommen solle, daß er kein Testament machen wolle und könne. Am Morgen des 7. Novbr. d. J. nämlich habe der Altentheiler Thorn in der Besorgniß, daß sein Stiefsohn den Tag nicht überleben werde, seinen beiden damals noch unverheiratheten Stieftöchtern gesagt, er werde jetzt den Herrn Justizrath aus Trittau holen; es müsse heute ein Testament gemacht werden. Er habe hinzugesetzt, wenn die Vollgeschwister des Kranken es denn durchaus nicht wollten, daß die Stelle seinem Sohne verschrieben würde, so sollten wenigstens alle Geschwister zu gleichen Theilen gehen. So solle es sein, und wer etwas dagegen habe, der werde beim Arm genommen und aus der Thür gebracht werden. Nachdem Thorn auf solche Weise deutlich genug seine Ueberzeugung ausgesprochen, daß der Inhalt des Testaments von seinem Willen, und nicht von dem Willen des Testators selbst abhinge, habe er sich nach Trittau begeben und Nachmittags seinem Stiefsohn mitgetheilt, daß der Justizrath Wiedemann sogleich kommen werde, um ein Testament aufzunehmen. Als der Kranke es begriffen, daß nicht der Arzt gemeint sei, sondern der Herr Justizrath, habe er so heftig, als es seine Schwäche zugelassen, gerufen: nein, der solle nicht kommen, und hinzugesetzt, daß er kein Testament machen könne und wolle. Und als gleich darauf der Wagen des Justizraths vorgefahren, habe der Kranke den vergeblichen Versuch gemacht, aus dem Bette zu springen. Der Weigerung seines Stiefsohns habe der Altentheiler Thorn die kategorische Erklärung entgegengesetzt, das Testament müsse gemacht werden. Mit diesen Anführungen verband Klägerin den Antrag:

> daß das angefochtene Testament für ungültig erklärt und demgemäß erkannt werde, daß die Beklagten unter Verurtheilung in die Kosten schuldig seien, der Klägerin die ihr gebührende Intestaterbportion zukommen zu lassen.

Die Beklagten setzten dem erhobenen Anspruch die Einrede der nicht fundirten Klage mit dem Bemerken entgegen: die Klägerin habe nicht die positive Behauptung, daß der Testator geistesabwesend gewesen sei, aufgestellt, sondern nur ihre desfällige subjective Ueberzeugung ausgesprochen. Sie habe selbst zugegeben, daß der Testator fieberfreie Intervallen gehabt habe, derselbe sei daher sicherlich auch im Stande gewesen, einen so einfachen letzten Willen, wie den in dem angefochtenen Testament niedergelegten, kund zu geben. Dem Zeugniß der Gerichtsdeputation gegenüber, daß der Testator während des Testiracts bei gesundem Verstande gewesen, verliere die entgegenstehende Meinung der Klägerin alles Gewicht. Der eventuelle Angriff auf die Rechtsbeständigkeit des Testaments sei eben so unbegründet, als der hauptsächliche, da in der Klage nicht behauptet worden, daß Drohungen, geschweige solche Drohungen gegen den Verstorbenen angewandt worden, die geeignet gewesen wären, ihm eine gegründete Furcht vor einem bedeutenden Uebel, dem er anders nicht habe entgehen können, einzuflößen. **In omnem eventum** contestirten Beklagte im Wesentlichen **litem negative** und baten schließlich um Abweisung der Klage **ref. exp.** und um Aberkennung des testamentarischen Erbrechts der Klägerin in Gemäßheit der Bestimmungen des § 3 des angefochtenen Testaments.

Replicando ward entgegnet: Es sei zur Fundirung einer Klage nicht erforderlich, daß die Thatsache, auf welche man seinen Anspruch stütze, als objective Wahrheit hingestellt werde, vielmehr sei auch in dem Falle, wenn der Kläger behaupte, daß er von der Wahrheit jener Thatsache überzeugt sei, die Klage als begründet zu betrachten. Wenn dem Gerichte die in

der Klagschrift als Merkmale der Geistesabwesenheit des Erblassers am Tage der Testamentserrichtung angeführten Facta nicht genügten, so müsse Klägerin es sich gefallen lassen, daß ihr nicht der Beweis dieser Facta, sondern der Beweis der Thatsache, daß der Testator nicht sanae mentis gewesen sei, auferlegt werde. Zugleich ward der gegnerische Antrag auf Aberkennung des testamentarischen Erbrechts der Klägerin als verfrüht dargestellt und ward, nachdem hiergegen duplicando bemerkt worden, daß Klägerin, die beim Amthause ihr Recht suche, hier auch ihr Recht nehmen müsse, unterm 7. 9. März d. J. vom Trittauer Amthause für Recht erkannt:

> daß Beklagte mit der Einrede der unbegründeten Klage zu hören, Klägerin daher mit ihrer Klage abzuweisen, auch schuldig sei, den Beklagten die Kosten dieses Processes d. c. m. s. binnen Ordnungsfrist zu erstatten, während auf den Antrag der Beklagten auf Aberkennung des testamentarischen Miterbenrechts der Klägerin zur Zeit nicht einzutreten stehe.

Gegen dieses Erkenntniß ward intra decendium das Rechtsmittel der Appellation interponirt. Von Seiten des derzeitigen Anwalts der Klägerin, des Advocaten Rohrdantz in Mölln, war dabei übersehen worden, daß nach der unter den Parteien in termino den 6. Juli 1854 getroffenen Vereinbarung der Recurs im Wege der Supplication zu interponiren gewesen wäre. Nachdem dieses Versehen bemerkt worden, hat Klägerin mit der Erklärung, daß sie die eingewandte Appellation fallen lasse, die Supplication unterm 22. April introducirt. Supplicantin hat dabei bemerkt, daß die Zulässigkeit des eingeführten Rechtsmittels der Supplication nach abgelaufenem decendium nach frühern Entscheidungen nicht zu bezweifeln stehe; wenn nämlich durch die geschehene Einwendung des in concreto unrichtigen Rechtsmittels der Appellation die Einführungsfrist für die Supplication salvirt bleibe, so müsse auch der Beschwerde führenden Partei in dem Falle, wo sie, ohne eine obergerichtliche Entscheidung über die Zulässigkeit der eingewandten Appellation abzuwarten, im Vorwege erkläre, daß sie die unrichtig gewählte Appellation fallen lassen wolle, das Recht zustehen, innerhalb einer von dieser Erklärung an laufenden vierwöchigen Frist die nicht eingewandte Supplication einzuführen. Dabei werde es von keinem Einfluß sein können, ob die zur Hand genommene Appellation wegen der Beschaffenheit des Streitobjects oder deshalb nicht zugelassen werden könne, weil durch Parteiübereinkunft als Rechtsmittel gegen die sent. a qua die Supplication festgestellt worden sei.

Demnächst hat die Supplicantin ihre Beschwerden darin gesetzt:

1) daß ihr nicht zum Beweise verstellt worden, daß der verstorbene Vogt Johann Hinr. Fr. Christier zu Köthel sich zur Zeit der Errichtung des am 7. Novbr. 1853 vollzogenen Testaments nicht im vollen Besitze seiner Geisteskräfte befunden, event. daß derselbe durch einen von Seiten seines Stiefvaters, des Altentheilers Thorn zu Köthel, gegen ihn geübten Zwang zur Errichtung des gedachten Testaments veranlaßt worden, oder wie sonst nach der Lage der Acten zu interloquiren;
2) daß die erhobene Klage als unbegründet und nicht bloß, maaßen sie angebracht, abgewiesen worden sei.

Schließlich hat Supplicantin für den Fall, daß durch die Einwendung der Appellation die Frist für die Einführung der Supplication als salvirt nicht sollte angesehen werden können, um Restitution wider den Ablauf des decendii gebeten und nachzuweisen gesucht, daß die hierfür erforderlichen gesetzlichen Voraussetzungen, nämlich Mangel eines andern Rechtsmittels, Läsion, entschuldbares Versehen des Anwalts und Integrität der Sache vorhanden wären.

In der Gegenerklärung haben die Supplicaten die Statthaftigkeit der nachträglich zur Hand genommenen Supplication mit dem Bemerken bestritten, daß die Gestattung einer nachträglichen Prosequirung der Supplication statt der interponirten Appellation jedenfalls nur auf ordentliche Proceßsachen, in denen die Wahl des Rechtsmittels streitig sein könne, zu beschränken sei und in den Fällen cessiren müsse, in welchen ein gesetzlich oder nach Parteiübereinkunft unstatthaftes Rechtsmittel interponirt worden. Unter dem demnächstigen Hervorheben, daß die Verbindung des Restitutionsgesuchs mit der Supplication wegen der durchaus subsidiären Natur des Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als unzulässig anzusehen, sowie daß es zweifelhaft sei, ob die vaterländische Restitutionsordnung auf den Conventionalproceß überall Anwendung finde, haben Supplicaten zu deduciren gesucht, daß es an den zur Ertheilung der Restitution erforderlichen gesetzlichen Voraussetzungen fehle, indem ein Versäumniß des früheren Anwalts der Klägerin, eine causa restitutionis, nicht bescheinigt worden und durch Ertheilung der Restitution ein günstiges Resultat in der Hauptsache nicht werde herbeigeführt werden, und haben Supplicaten mit Beziehung auf diese Anführungen beantragt, daß der Supplicantin ein abschlägiger Bescheid ertheilt, dieselbe auch schuldig erkannt werde, die Kosten der Gegenerklärung zu erstatten.

In Erwägung nun, daß, was zunächst die exceptio non devolutae supplicationis anlangt, die

Parteien sich in termino vom 6. Juli 1854 dahin vereinbart haben, daß ein etwaniger Recurs gegen das von dem Trittauer Amthause abzugebende Erkenntniß im Wege der Supplication an das Obergericht gelangen solle, als rechtliche Folge hiervon aber die im Widerspruch mit dieser Vereinbarung erfolgte Interponirung der Appellation überall nicht zu berücksichtigen ist und mithin auch durch Interponirung dieses vertragswidrig zur Hand genommenen Rechtsmittels die Nothfrist für dasjenige Rechtsmittel, welches zu interponiren gewesen wäre, für salvirt nicht erachtet werden kann; *)

in Erwägung, daß Supplicantin daher, um gegen das angefochtene Erkenntniß der Parteiconvention gemäß das Rechtsmittel der Supplication interponiren zu können, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den erfolgten Ablauf des gesetzlich hierfür vorgeschriebenen decendii bedarf und es mit Rücksicht hierauf zur Frage steht, ob die für die Ertheilung der Restitution erforderlichen Voraussetzungen vorhanden sind;

in Erwägung, daß in Beziehung hierauf die Verbindung des Restitutionsgesuchs mit der Supplication als unzulässig nicht angesehen werden kann, vielmehr solche im Interesse der Abkürzung des Verfahrens als gerechtfertigt erscheint, sowie, daß es, da die Verordnung vom 15. Mai 1834 versäumte Nothfristen als solche nennt, wegen deren Versäumung unter gegebenen Voraussetzungen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ertheilt werden kann, für die Ertheilung dieser Rechtswohlthat nicht in Betracht kommt, ob das Rechtsmittel, behufs dessen Einwendung die Restitution gegen den Ablauf der versäumten Nothfrist erbeten wird, ein gesetzliches oder durch Uebereinkunft der Parteien vereinbartes ist, daß ferner auch eine durch Versäumniß der Nothfrist eingetretene Läsion vorliegt, indem die Supplicantin dadurch behindert wird, im Wege des Recurses eine Abänderung des Erkenntnisses, durch welches sie sich gravirt erachtet, zu erwirken, res integra auch unbestritten vorhanden ist, und wenn gleich Supplicaten sich darauf berufen, daß eine entschuldbare Ursache des eingetretenen Versäumnisses nicht bescheinigt worden, doch actenmäßig vorliegt, daß durch das Verschulden des Anwalts der Supplicantin das unrichtige Rechtsmittel zur Hand genommen worden;

in Erwägung, daß daher, sofern zu erwarten ist, daß in Folge der ertheilten Restitution ein günstigeres Resultat in der Hauptsache herbeigeführt werden wird, der Ertheilung der erbetenen Restitution rechtliche Bedenken nicht im Wege stehen und daher nur übrig bleibt, die Supplicationsbeschwerden einer Prüfung zu unterziehen;

in Erwägung, daß, was daher die erste dieser Beschwerden betrifft, dieselbe zwar auf Berücksichtigung deshalb keinen Anspruch machen kann, weil von der Supplicantin thatsächlich nicht behauptet worden, daß der Testator zur Zeit der Errichtung des in Frage stehenden Testaments nicht im vollen Besitze seiner Geisteskräfte gewesen sei, die von ihr ausgesprochene desfällige Ueberzeugung aber die Klagbitte zu begründen um so weniger genügt, als die zur näheren Motivirung dieser Ueberzeugung angeführten speciellen Umstände, selbst wenn sie erwiesen vorlägen, zur Rechtfertigung der von der Supplicantin über den Geisteszustand des Testators zur Zeit der Testamentserrichtung gewonnenen Ueberzeugung nicht hinreichen würden, auch aus den in Betreff des wider den Testator angewandten Zwanges vorgebrachten Behauptungen der Supplicantin nicht zu entnehmen ist, daß Drohungen, die dem Testator eine irgendwie begründete Furcht einzuflößen und die Rechtsbeständigkeit des Testaments zu afficiren geeignet wären, gegen ihn in Anwendung gebracht worden sind;

in Erwägung, daß daher zur Abweisung der Klage angebrachtermaaßen gegründete Veranlassung vorgelegen hat, die erfolgte gänzliche Abweisung derselben sich indeß mit Rücksicht darauf nicht rechtfertigt, daß es der Supplicantin rechtlich unbenommen bleiben muß, eine neue Klage auf die zur Begründung derselben dienlichen Thatsachen zu stützen und deshalb die zweite Supplicationsbeschwerde als begründet sich darstellt;

wird auf die sub præs. den 22. April d. J. hieselbst eingegangene Supplicationsvorstellung und Bitte der vorrubricirten Supplicantin, nach eingezogener Ge-

*) Es ist zwar in einem früheren Falle,
Schl. H. Anz. 1849. S. 381,
der Grundsatz ausgesprochen, daß das Rechtsmittel der Supplication durch das unrichtig eingewandte Rechtsmittel der Appellation nicht verloren gehe,
vgl. Schl. H. Anz. 1850, S. 334,
die dafür angeführten beiden Gesetzesstellen:
l. 1 § 2 (rectius 3) D. de appell.
l. 5 § 1 D. de appell. recip.
können aber nicht diesen Satz motiviren, indem die letztere nur davon spricht, wo der Appellant seine Beschwerde anbringen solle, wenn der Unterrichter die Annahme des Rechtsmittels verweigere, die erstere Stelle aber den Grundsatz aufstellt, daß, wenn man aus Irrthum mit der Appellation die nächste Behörde übersprungen und sich an die höhere gewandt habe, dies nach vielen Kaiserlichen Rescripten nicht schaden solle, indem nämlich die Sache an die richtige Oberbehörde zurück verwiesen werde, aus welcher im heutigen Proceßverfahren überall nicht mehr anzuwendenden Bestimmung für das Verhältniß der beiden verschiedenen Rechtsmittel der Appellation und der Supplication zu einander nichts zu entnehmen ist.

generklärung und erstattetem Bericht des Trittauer Amthauses, sub præs. den 2. August d. J., so wie nach hiemittelst ertheilter Restitution gegen den Ablauf der zur Interponirung der Supplication versäumten Nothfrist, unter Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses des Trittauer Amthauses vom 7. 9. Mai d. J., von Obergerichtswegen hiedurch zum Bescheide ertheilt:

> daß Supplicantin mit ihrer erhobenen Klage, maaßen solche angebracht worden, abzuweisen, auch schuldig, den Supplicaten die zu 25 ℔ R.-M. hiedurch bestimmten Kosten der Gegenerklärung zu erstatten; unter Vergleichung der Kosten der Unterinstanz, so weit nicht rechtskräftig darüber erkannt worden.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 21. Decbr. 1855.

Gegen Decrete, welche nicht der Rechtskraft fähig sind, findet keine Supplication statt.

Auf die sub præs. den 15. Juli v. J. hieselbst eingegangene Supplicationsschrift des Advocaten Hedde in Segeberg, als Contradictors im Concurse des ⅙ Hufners und Käthners Dohse in Bornhöved, Justificaten, Producten, jetzt Supplicanten, wider den Hufner Priester in Schieren, Justificanten, Producenten, jetzt Supplicaten, wegen Justification profitirter Ansprüche, jetzt wider Decret des Segeberger Concursgerichts vom 20./24. Mai v. J.,

wird,

in Erwägung, daß, wenn auch der vom Supplicaten aus der angeblich nicht geschehenen Insinuation des (die Introductionsfrist verlängernden) Dilationsdecrets vom 21. Juni v. J. an ihn oder den Actenprocurator seines Anwalts entnommene formelle Einwand gegen die erhobene Supplication keine Berücksichtigung finden kann, da eine Frist schon durch die Bewilligung der Dilation von Seiten des Gerichts an den Impetranten und nicht erst durch die Insinuation des Dilationsdecrets an den Gegner dilatirt wird, doch die Frage, ob ein rechtzeitig eingeführtes Rechtsmittel an die höhere Instanz erwachsen sei, auch wenn keine desfälligen Einwendungen von der Gegenpartei vorgebracht worden sind, der richterlichen Prüfung unterliegt, und

in Erwägung, daß gegen Decrete, welche, wie es hinsichtlich des angefochtenen Decrets vom 20. Mai v. J. der Fall, auf einseitigen Antrag einer Partei erlassen worden sind und daher nicht die Rechtskraft beschreiten, nach anerkanntem processualischen Grundsatz das Rechtsmittel der Supplication nicht begründet ist, sondern von der Partei, welche durch ein solches Decret sich gravirt erachtet, zunächst gegen dasselbe bei dem Gericht, von welchem es erlassen worden ist, remonstrirt werden muß,

dem Supplicanten bei abschriftlicher Mittheilung der eingezogenen Gegenerklärung von Obergerichtswegen hiedurch zum Bescheide ertheilt:

> daß die von ihm eingelegte Supplication gegen das Decret des Segeberger Concursgerichts vom 20. Mai v. J. nicht anhero erwachsen, er daher in qual. qua schuldig sei, dem Supplicaten die zu 16 ℔ R.-M. bestimmten Kosten der Gegenerklärung binnen 4 Wochen ab insin. zu erstatten.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 7. Februar 1856.

Processirende Frauen bedürfen nicht eines gerichtlich bestellten Curators. — Gegen die bestellte Appellationscaution müssen specielle Einwendungen vorgebracht werden.

In Sachen der Wittwe Louise Margaretha Henriette Stamer, geb. Hagemeister, zu Hohenwestedt cum. cur., Klägerin, Appellantin, wider den Eingesessenen Henning Möller zu Vaasbüttel, Beklagten, jetzt Appellaten, wegen verweigerter Vollziehung eines Eheversprechens, demnächst Appellation, war eine von dem Appellaten vorgeschützte exceptio non devolutae appellationis auch darauf gestützt, daß der Appellantin, welche mit ihren unmündigen Kindern in Gütergemeinschaft lebe, der Eingesessene Carsten Hennings zu Amöneuwarte resp. als Curator und Assistent gerichtlich beigeordnet sei und sie daher, zumal da sie mit ihm den vorliegenden Proceß begonnen habe, nicht mit einem andern erbetenen Curator die Appellationssolennien rechtsgültig habe prästiren können. Ferner war die Zulänglichkeit der gestellten Appellationscaution angefochten, ohne daß jedoch specielle Thatsachen in dieser Beziehung vorgebracht waren.

Ueber die erstgedachte Frage spricht Falck in seinem Handbuch des Schl. H. Privatrechts, Bd. 5 S. 124 sich dahin aus, daß zwar in der Landgerichtsordnung für

den klägerischen Vormund die gerichtliche Bestellung mittelst eines förmlichen **curatorii** vorgeschrieben, in neuerer Zeit aber der entgegengesetzte Grundsatz immer mehr herrschend geworden sei, so daß, wenn auch einzelne Gerichte strenger an den alten Formen festhielten, man im Allgemeinen offenbar sehr geneigt sei, die Zuziehung eines erbetenen Curators selbst bei der Proceßführung für genügend zu halten. Esmarch in seinem Werk über das im Herzogthum Schleswig geltende bürgerliche Recht S. 164 bemerkt, der Praxis zufolge sei die gerichtliche Bestellung eines Curators nicht erforderlich, sondern in der Regel genüge ein erbetener Curator, nur wenn ein Frauenzimmer einen Proceß führe und auf den Antrag der Gegenpartei mit einem gerichtlichen Curator versehen werde, möchte dessen gerichtliche Bestellung erforderlich sein. Von diesem speciellen und selten vorkommenden Falle abgesehen, wird also auch von diesem Schriftsteller die gerichtliche Bestellung des **curator ad litem** der Frauenzimmer für unnöthig erachtet.

Von dem Holsteinischen Oberconsistorium ward in dem vorliegenden Falle,

in Erwägung, daß die Bestimmungen der Landgerichtsordnung über die Nothwendigkeit eines gerichtlich bestellten **curator ad litem** für Frauen nicht mehr als geltend betrachtet werden könnten, vielmehr nach praeuischem, namentlich auch bei den Oberdicasterien fortwährend zur Anwendung gebrachtem Grundsatz die Zuziehung eines erbetenen Curators von Seiten der processirenden Frauen genüge, Appellantin daher, welche auch die fortgesetzte Gütergemeinschaft allein zu vertreten berechtigt sei, da sie von Anfang des Processes mit einem erbetenen Curator hätte auftreten können, im Lauf desselben keineswegs an den ihr einmal bestellten gerichtlichen Curator gebunden gewesen sei; und

in Erwägung, daß von dem Appellaten überall keine Thatsachen vorgebracht worden seien, aus denen die Insufficienz des gestellten, mit Grundeigenthum in dem Jurisdictionsbezirk angesessenen Appellationsbürgen entnommen werden könne, für dessen Sufficienz bis zum Nachweis des Gegentheils die Vermuthung streite, das allgemeine Bestreiten derselben aber ohne rechtliche Bedeutung sei,*) durch einen im Verhandlungstermin, den 11. October v. J., publicirten Vorbescheid auf Verwerfung der vorgedachten Einwendungen und Zulassung der Appellantin zur hauptsächlichen Verhandlung erkannt.

*) Vgl. Schl. H. Anz. Jahrg. 1837, S. 308.

Criminalfälle.

Versuch des Raubmordes, Diebstahl und Unterschlagung. — Die den Familiendiebstahl betreffenden Vorschriften des Art. 165 der peinlichen Halsgerichtsordnung leiden auch Anwendung auf die Verbrechen der Unterschlagung und Veruntreuung.

(Fortsetzung.)

Nachmittags zwischen 1 und 2 Uhr kehrte Inculpat, von Lützensee herkommend, bei dem Insten Johnsen in Bollmoor, nach dessen beeidigten Aussage, vor und ließ sich bei ihm Feuer für seine Cigarre geben. Auch sah der Erbpächter Panjer einen jungen Menschen, in dem dieser Zeuge den Inculpaten mit aller Bestimmtheit wieder erkannt hat, bei seiner Hofstelle vorübergehen. Der Fremde gab vor, sich verirrt zu haben, und erkundigte sich nach dem Wege nach Lützensee. Panjer wies ihn auf den rechten Weg, sah aber von seiner Hofstelle aus zu seinem großen Erstaunen, daß der Inculpat bald wieder umkehrte und auf den Weg von Trittau, von wo er gekommen, wieder zurückging. Am Abend desselben Tages traf hierauf Panjer denselben Menschen im Kruge seines Nachbarn Wittern wieder an. Der Fremde war hier in der Abenddämmerung angekommen und von einem noch unconfirmirten Dienstmädchen des Wirthes, Maria Panjer, die sich einmal mehrere Tage bei dem Vater des Inculpaten aufgehalten, sofort für Heinrich Walther erkannt worden. Auf Wittern's Frage: ob er nicht Heinrich Walther sei, leugnete der junge Mann dies jedoch ab und gab sich für Meier aus Trittau aus. Dagegen räumte er es dem Hufenpächter Panjer auf dessen Befragen ein, daß er derselbe Mensch sei, dem er vorher den Weg nach Lützensee gezeigt habe; und auch hier erkundigte er sich wieder sehr angelegentlich nach dem Nummerträger und wann derselbe von Trittau zurückkehre, und sprach auch von einem Packet, welches er im Braacker Kruge zurückgelassen. Er wollte anfangs, wie er sagte, so lange bleiben, bis der Nummerträger ankomme; ging aber zuletzt doch mit der Erklärung fort, daß er nun nicht länger warten könne.

Da Wittern, dessen Ehefrau und der nebst Panjer im Kruge anwesende Erbpächter Böttger den fremden Menschen nur in der Dämmerung gesehen haben, so hat außer Panjer, der schon Nachmittags mit demselben zusammengetroffen war, keiner dieser Zeugen, welche übrigens gleich wie Panjer, sämmtlich auf ihre Aussagen beeidigt sind, es gradezu beschwören mögen,

daß der Inculpat mit jenem Fremden die nämliche Person sei. Sämmtlich halten sie sich aber, wie sie erklären, von der Identität der Person überzeugt, wie ja denn auch die noch eidesunmündige Marie Panzer bezeugt, daß der Fremde kein anderer als der ihr sehr wohl bekannte Inculpat Walther sei.

Wo sodann Inculpat die Nacht zugebracht, darüber fehlen freilich nähere Nachrichten. Am folgenden Morgen um 4½ Uhr will ihn aber ein fünfzehnjähriger Knabe, Namens Claus Mansfeld, der Kühe hütete auf einer Koppel, die eine Viertelstunde Wegs von der Stelle entfernt ist, wo der Döhrling gleich nachher verwundet worden, gesehen haben, und dieser noch eidesunmündige Zeuge, welcher ebenfalls auch den Inculpaten mit der größten Entschiedenheit recognoscirt hat, behauptet, es habe derselbe, der auf dem Wege von Trittau hergekommen, ihn angeredet und befragt, ob schon ein Mann, der Nummerträger, vorbeigegangen sei, worauf er erwidert: Ja, es sei kurz vorher ein Mann vorbeigegangen, darauf sei Inculpat rasch einige Schritte fortgegangen und sei dann zu laufen angefangen.

Daß der Inculpat Walther es gewesen, der bald nachher den Döhrling in den Kopf geschossen, hat denn auch letzterer beeidigt.

Derselbe war noch sehr leidend, als in seinem Hause der Inculpat ihm vorgeführt ward.

Er erklärte sofort, dies sei der Mensch, der am Sonntage bei ihm in der Kathe gewesen und ihn am folgenden Montage geschossen habe. Er ward dabei heftig, ballte die Faust und rief dem Inculpaten entgegen, daß er ihn verwundet und daß er seinetwegen viel habe aushalten müssen. Auf den Inculpaten machte dies aber eben so wenig Eindruck, wie früher die Mittheilung, daß sich der Zustand des Verwundeten verschlimmert habe. Er erwiderte auf die Bemerkung des Döhrling, daß er es mit gutem Gewissen beschwören könne, von dem vor ihm stehenden Inculpaten geschossen zu sein, dann würde er einen falschen Eid schwören, er, Inculpat, wisse besser, was ein Eid sei und bedeute, was er, Döhrling, nicht recht wissen werde. Ueberhaupt führte Inculpat eine ruhmredige Sprache und erklärte namentlich in Erwiederung auf die Bemerkung des Döhrling, daß er nur 5 ß bei ihm gefunden haben werde, er habe Geld genug gehabt, und als ihm darauf gerichtsseitig vorgehalten ward, daß er sich freilich nachher in Lienau Geld durch einen Diebstahl verschafft habe, verlangte er solches bewiesen, indem er bemerkte, die Zeugen, die deshalb gegen ihn ausgesagt hätten, bedeuteten nichts, so lange der Beamte es selbst nicht gesehen.

Bald nach dem Attentat auf Döhrling ward Inculpat auch schon wieder an verschiedenen Stellen gesehen. Ein dreizehnjähriger Knabe, Namens Johann Jochim Albers, der auf einer an dem Wege zwischen Trittau und Grönwold belegenen Koppel Kühe weidete, erzählt, ungefähr um 6 Uhr Morgens habe er mitten auf der Koppel einen Menschen gesehen, der auf ihn geflötet und, als er herangegangen, ihn nach dem Wege nach Grönwold befragt habe. Dieser Mensch, in dem er hiernächst den ihm wolbekannten Hinrich Walther erkannt habe, sei von ihm nach dem Heuloch geführt worden, habe, als er dort seinen Brotbeutel liegen sehen, ihn gefragt, ob das seine Kost für den ganzen Tag sei, und habe, als er ihm erwidert: nein, das sei nur die Kost bis Mittag, die Hälfte des Brotes aus dem Beutel genommen und sei damit fortgegangen.

Ungefähr eine halbe Stunde später, nämlich zwischen 6 und 7 Uhr, kehrte ein junger Mensch bei dem Wirthe Stave zur Grönwolder Papiermühle vor, ließ sich ein Glas Bier geben und entfernte sich wieder, gleich nachdem er das Bier ausgetrunken, ohne sich gesetzt zu haben. Die Wirthin will den Menschen nicht genauer beobachtet haben, ein zufällig anwesender Gast, der Anbauer Scharnberg von Drathmühle, erklärt aber, daß dieser Mensch die größte Aehnlichkeit mit dem Inculpaten habe.

Um 6½ Uhr begegnete der Jäger Stein dem Inculpaten auf dem Wege nach Lienau im Gehege. Walther war, wie dieser Zeuge, der ihn mit aller Entschiedenheit eidlich recognoscirt hat, bezeugt, bis an die Knie naß, als wenn er schon eine größere Tour des Morgens im nassen Grase gemacht. Er erkundigte sich bei ihm nach dem Wege nach Lienau und verfolgte dann diesen Weg.

Morgens zwischen 8 und 9 Uhr ging hierauf Inculpat bei den Anbauern, die vor dem Dorfe Lienau wohnen, umher und gab sich hier für einen Schlachter aus Hamm aus, indem er sich bei ihnen erkundigte, ob sie nicht Kälber oder Kühe zu verkaufen hätten, und auf dieser Rundreise gelangte er denn auch zu der Ehefrau Benn.

Nicht nur letztere, auch der Anbauer Fick, dessen Frau und Sohn, der Anbauer Martens, der Anbauer Sparr und dessen Frau, so wie auch der Tischler Niemeyer, haben sämmtlich beeidigt, daß der Inculpat es gewesen, der an dem fraglichen Morgen zu ihnen gekommen und sich unter dem Vorgeben, daß er ein Schlachter sei, nach Vieh erkundigt habe.

Bei dem Anbauer Fick war auch Inculpat, wie Fick selbst, dessen Frau und Sohn eidlich bezeugen, noch Nachmittags zwischen 3 und 3½ Uhr wieder, und gleich nachher will denn der kleine neunjährige Sohn des Benn, der den Inculpaten auch mit aller Entschiedenheit recognoscirt hat, es mit angesehen haben, wie derselbe durchs Fenster in die Benn'sche Wohnung gestiegen ist. Um diese Zeit fuhr auch gerade der Käthner Denker aus Wendtorff bei dem Hause

des Benn vorbei. Dieser deponirt: Er habe gesehen, wie ein schlanker junger Mann, bekleidet mit einem Rock und einem Hut, über die Befriedigung gestiegen und sich hinter die Fenster der Benn'schen Kathe begeben habe. Im Weiterfahren habe er noch bemerkt, daß der Mann um die Ecke der Benn'schen Kathe geguckt habe, als wenn er sehen wolle, ob Zeuge auch mit seinem Fuhrwerk still halte. Obwohl ihm dies sehr verdächtig vorgekommen, so habe er doch, da er Eile gehabt, sich nicht aufhalten können und habe daher den Anbauer Niemeyer, welcher auf dem Felde gearbeitet, an sich herangerufen und demselben erzählt, was er wahrgenommen habe. Da er übrigens den Menschen nur aus der Ferne gesehen, könne er ihn unmöglich wieder erkennen.

Der Anbauer Niemeyer ging in Folge der Aufforderung des Dencker mit dem Anbauer Martens nach der Benn'schen Kathe. Wie dieselben angeben, kam, als sie sich dem Hause näherten, ein fein gekleideter Mensch hinter einem Haufen Holz hervor, der neben der Benn'schen Kathe lag, und rief ihnen, den Weg nach dem Dorfe Lienau weiter verfolgend, ganz aus der Ferne zu, ob da, nämlich bei Benn, Niemand zu Hause sei und ob da kein fettes Vieh sei?

Niemeyer behauptet, er sei zu kurzsichtig, als daß er diesen Menschen wieder erkennen könne. Der Anbauer Martens hat aber eidlich ausgesagt, daß der Inculpat derselbe Mensch sei, den er unter den angegebenen Umständen in der Nähe der Benn'schen Wohnung gesehen.

Aber nicht bloß bis zur Wohnung des Bestohlenen verfolgen die Aussagen der Zeugen den Inculpaten, sie begleiten ihn auch zurück bis zur Eisenbahnstation Friedrichsruhe.

Wie der Krugpächter Johann Nähr von Hennfeld und dessen Ehefrau übereinstimmend eidlich bezeugt haben, langte Walther um $4\frac{1}{2}$ Uhr, also ungefähr eine Stunde nach dem Diebstahl, sehr erhitzt bei ihnen an. Er trug seinen Rock unter dem Arm und seine Hemdsärmeln waren sichtlich so naß, als wenn sie aus dem Wasser gezogen worden. Der Wirth redete ihn bei seinem Namen an, Inculpat verleugnete diesen aber und nannte sich nun wieder Meier, blieb auch dabei, ungeachtet Nähr ihm bemerkte, daß er ihn ja doch als Walther kenne, und Nähr, der gleich wie seine Frau den ihm von früher her schon bekannten Inculpaten mit der größten Entschiedenheit recognoscirt hat, widersprach dem Inculpaten nur aus dem Grunde nicht weiter, weil er keinen Streit mit ihm anfangen wollte. Walther ließ sich ein Glas Zuckerwasser geben, welches er rasch niederstürzte, und klagte über die große Hitze, indem er dabei äußerte, dieselbe wirke noch mehr, wenn man in Angst sei; er sei nämlich in Cöthel gewesen und habe sich etwas Leinewand gekauft und es sei gerade in dem Augenblick, als er sich aus dem Zaun einen Stock habe schneiden wollen, ein Gensd'arm aus dem Graben gesprungen, so daß er eiligst die Flucht habe ergreifen müssen, um nicht mit seinem Leinen angehalten zu werden. Walther blutete an der einen Hand und erzählte, daß diese Wunde daher rühre, daß er gerade sein Messer in der Hand gehabt, als er die Flucht habe ergreifen müssen. Die Leinewand, welche der Inculpat bei sich führte, bestand, gleich wie die den Eheleuten Benn abhanden gekommene, aus zwei Stücken, jedes Stück von etwa 7, 8 oder 10 Ellen. Inculpat behauptete, dies Leinen für 5 ß die Elle gekauft zu haben, und die Ehefrau Nähr fand diesen Preis so niedrig, daß sie gleich äußerte, sie möchte, obwohl sie kein Leinen bedürfe, doch für solchen Preis wohl Leinen kaufen. Walther hatte auch ein Preußisches Vierzehn- und zwei Preußische Siebenschillingsstücke und bat den Wirth, ihm dafür Holsteinische Schillinge zu geben, was dieser auch that.

Nachdem Inculpat sich das Blut von der Hand gewaschen, ging er weiter, die Leinewand unterm Arm tragend.

Hierauf ward er endlich noch im Sachsenwalde von drei Zeugen auf dem Wege nach Friedrichsruhe gesehen. Der erste, der ihm begegnete, war der Hofbesitzer Clasen, der seine im Vorbeigehen an ihn gerichtete Frage, ob er noch zeitig genug zur Eisenbahn komme, bejahte; der zweite war der Schuster Behrend Friedrich Möller und der letzte und dritte sein früherer Schulkamerad, der Maurergeselle Hans Prehn. Letzterer, der, gleich wie die beiden andern Zeugen, auf seine Aussagen beeidigt ist, behauptet, Walther sei, als er ihm auf 10 Schritte nahe gekommen, von dem Walle, auf dem der Fußsteig entlangführe, herabgesprungen und habe sich nach der entgegengesetzten Seite des Fahrweges begeben, sei auch, ohne zu grüßen, an ihm vorübergegangen; er kenne ja aber Walther zu gut, als daß er sich in der Person habe irren können. Clasen und Möller haben beeidigt, daß sie sich davon überzeugt hielten und des entschiedenen Glaubens wären, daß es der Inculpat Walther sei, der ihnen auf dem Wege nach Friedrichsruhe an dem fraglichen Abende begegnet sei.

Am Abend desselben Tags ward sodann Inculpat in demselben Bordell in St. Pauli angetroffen, wohin er auch schon früher immer alles Geld gebracht, welches er auf die verbrecherische Weise zu erlangen gewußt.

(Die Fortsetzung folgt.)

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

25. Stück. Den 9. Juni 1856.

Entscheidungen.

Nach der Praxis der Holsteinischen Städte Lübschen Rechts ist in den entfernteren Verwandtschaftsgraden die halbe Geburt gleich der vollen zur Erbfolge berechtigt. — Ueber einen anticipirten Beweis hat der Richter sich nicht auszusprechen, so lange noch dem Gegner die Führung eines directen Gegenbeweises freisteht.

In Sachen des Dr. jur. Wilhelm Bargmann, mand. noie. der Kaufleute Diederich Matthias Bargmann und Conrad Carl Bargmann in Hamburg, Justificanten, Appellanten und Appellaten, wider Martin David Tecklenburg in Wilster, Anna Cath. Maria Duncker, modo deren Erben, daselbst, Peter Meyer in Heide, Cathr. Margr. Meyer c. c. in Hamburg, Hinr. Jacob Meyer in Oldesloe, Anna Elsabe Meyer c. c. in Altona, Maria Cathr. Meyer, geb. Schriever, c. c. m. daselbst, Peter Zacharias Schriever daselbst, Dorothea Rebecca Kruse, geb. Schriever, c. c. m. in Henstedt, Apotheker Runge tut. noie. der unmündigen Achill Jürgen Suhr und Molly Dor. Elsabe Suhr, Justificaten, Appellaten und Appellanten, betreffend Justification ihres professi zum Proclam über den Nachlaß des weiland Joh. Jürgen Suhr in Wilster, jetzt Appellation ctr. sent. vom 5. Septbr. 1854,

ergeben die Acten:

Nach dem am 8. Juni 1853 in seinem 93sten Lebensjahre erfolgten Ableben des weiland Bürgers und Goldschmidts Joh. Jürgen Suhr in Wilster ist, mit Rücksicht darauf, daß in Gemäßheit der mit seiner verstorbenen Ehefrau Margaretha, geb. Ehlers, errichteten Ehepacten, den Erben der letzteren nur eine bestimmte Summe, der Rest seines Vermögens aber seinen Intestaterben zufallen sollte, die beiderseitigen Erben aber dem Erbschaftsgericht unbekannt, unterm 9. Juli f. J. ein Proclam erlassen, welches in diesem Processe nur als Erbschaftsproclam in Betracht kommt.

Auf dieses Proclam haben sich, abgesehen von mehreren Profitenten, welche sich als Erben des siebenten Grades Römischer Computation zu legitimiren suchten und demnächst zurückgetreten sind, die jetzigen Justificaten, unter Anlegung einer Reihe von Documenten, als Erben des sechsten Grades profitiet, während die jetzigen Justificanten mittelst einer gleichfalls mit mehreren Attestaten belegten Angabescheduł für sich die Eigenschaft von Erben des fünften Grades in Anspruch genommen haben.

In einem von dem Erbschaftsgericht auf den 28. Februar v. J. anberaumten generellen Justificationstermin ist es laut desfälligen Protocolls,

> nach mündlicher Erörterung consensu partium und deren Rechtsconsulenten festgestellt, daß die Profitenten sub passu 25, Gebrüder Bargmann, die Rolle der Justificanten zu übernehmen und sub pœna præclusi ihren Justificationslibell binnen 6 Wochen a dato einzuliefern haben sollten; daß die Profitenten der im sechsten Grade Verwandten die Rolle der Justificaten zu übernehmen haben, und daß es den Profitenten der siebenten Classe vorbehalten bleibe, als Intervenienten aufzutreten (als welche letztere denn auch, wie bemerkt, später ausgeschieden sind).

In ihrem Justificationslibell haben nun die Justificanten ausgeführt:

Aus den gemeinschaftlichen Merkmalen der professa ergebe sich, daß bei der unzweifelhaft in Wilster geltenden Römisch-rechtlichen Intestaterbfolge nur In-

testaterben der vierten Classe zur Erbfolge berufen seien und daß, da in dieser Classe keinerlei Repräsentationsrecht gelte, unter sämmtlichen Prätendenten die Gradesnähe allein entscheide, daß also nur diejenigen, welche im gleichen Grade der Verwandtschaft stehen, an der Erbschaft zu participiren berechtigt seien. Da die Justificaten ein Erbrecht aus ihrem angeblichen sechsten Grade der Verwandtschaft, die Justificanten aber aus dem fünften in Anspruch nehmen, so sei es, zur Ausschließung der Ersteren, nur die Aufgabe der Justificanten, die Richtigkeit ihrer eigenen Erblegitimation, als Verwandte des Defunctus im fünften Grade, zu documentiren.

Es sei zunächst durch den producirten Tauf- und Todtenschein des Erblassers, den Copulationsschein seiner Aeltern und den Todtenschein seiner Mutter außer Zweifel gestellt, daß Johann Jürgen Suhr ein Sohn des Webermeisters Jürgen Suhr in Wilster und dessen Ehefrau Cathr. Sophia, des Joh. Holler ehelicher Tochter, gewesen sei. Seine Aeltern seien am 16. Sonntage Trinitatis 1749 copulirt und im Copulationsschein werde der Vater der Braut als bereits verstorben angeführt. In dieser Ehe sei Johann Jürgen den 1. Juni 1760 geboren nnd er sei von seiner am 30. Januar 1799 verstorbenen Mutter (nach Inhalt des Todtenscheins) als deren einziger Sohn hinterlassen.

Daß aber seine Mutter Cath. Sophia eine Tochter des wailand Joh. Holler in Wilster gewesen und am 23. Juni 1728 geboren sei, beweise deren Tauf-, Copulations- und Todtenschein. Ihr Vater, dieser nauta Joh. Holler, sei laut Extract aus den Heiligenstedtener Kirchenbüchern am 21. März 1697 geboren und laut Copulationsscheins am 9. Octbr. 1721 zu Wilster mit Christina Margr. Nagels verheirathet. Die erste Tochter aus dieser Ehe, 14 Monate nach der Hochzeit geboren, sei laut Taufscheins Gesche Margaretha, geboren den 19. Decbr. 1722. Ihr Vater sei laut Todtenscheins am 31. März 1844 zu Wilster gestorben. Am 8. Trinitatis desselben Jahres sei Gesche Margaretha zu Wilster mit dem Wittwer Joh. Hinr. Bargmann aus Hamburg aufgeboten, jedoch nicht in Wilster copulirt. In dem Aufgebotsschein (der wie die übrigen Documente angelegt) werde sie ausdrücklich als „seligen Johannis Tochter" bezeichnet. Es correspondire das Hamburger Copulationsregister, wonach 8 Tage später (am 9. Sonntage post. Trinitatis 1744) Joh. Hinr. Bargmann mit Jungfrau Gesa Margaretha Hollers zu Hamburg proclamirt und darnach copulirt worden. Aus dieser Ehe sei laut Taufscheins am 24. Septbr. 1749 getauft Joh. Friedr. Bargmann, welcher laut Todtenscheins am 6. April 1805 beerdigt worden und im Todtenschein wieder als Sohn des Joh. Hinr. Bargmann und der Gesa Margr., geb. Holler, bezeichnet werde. Joh. Fr. Bargmann sei mit Cathr. Maria, geb. Trittau, verheirathet gewesen und aus dieser Ehe seien die beiden Provocanten und Justificanten entsprossen, Diedr. Matthias am 10. April 1783 und Conr. Carl am 19. Juli 1789.

Zu diesem directen Beweise der Verwandtschaft komme noch ein indirecter. Joh. Jürgen Suhr habe eine jüngere Schwester Christine Suhr gehabt. Aus den Taufscheinen beider Geschwister ergebe sich aber, daß bei Joh. Jürgen der Großvater der Justificanten, Joh. Hinr. Bargmann in Hamburg, und bei Christine Suhr die Großmutter der Justificanten, Gesche Margr. Bargmann aus Hamburg, Pathenstelle vertreten. Diese Gevatterschaften seien nur erklärlich aus dem Grunde, weil beide Gevatter Onkel und Tante der Täuflinge gewesen.

Demnach sei die Bitte begründet:

> daß die Justification für beschafft erklärt und den Justificanten der Nachlaß des Joh. Jürgen Suhr **ded. ded.** ihnen adjudicirt und ausgeliefert werde, **ref. exp.**

In ihrem Contradictionsantrage haben hiergegen die Justificaten vorgebracht: Weder der Erblasser habe von der angeblichen Existenz einer Mutterschwester, noch Einer der Justificaten von einer Verwandtschaft zwischen ihnen und Joh. Jürgen Suhr irgend etwas gewußt.

Es sei nicht bewiesen, daß die Justificanten die Enkel der Gesa Margaretha Holler seien. Der producirte Taufschein des Joh. Fr. Bargmann vom 24. September 1749 sei zu diesem Beweise völlig unbrauchbar und der Todtenschein sei ein werthloses **docum. referens sine relato.**

In dem versuchten Beweise aber, daß Gesa Margr. Holler und Cathr. Sophia Holler Schwestern gewesen, fehle die Hauptsache. Denn wenn auch beigebracht sei, daß einem Schiffer Joh. Holler in Wilster am 19. Decbr. 1722 eine Tochter Gesa Margaretha und einem desgl. Schiffer Joh. Holler in Wilster am 23. Juni 1828 eine Tochter Cathr. Sophia Holler geboren sei; so constire doch nichts über den Namen der Mutter, nichts über die eheliche Geburt jener Töchter, nichts endlich über die Identität der beiden Schiffer Joh. Holler. Zu jener Zeit seien aber im Kirchspiel Wilster viele Leute des Namens Joh. Holler und meistentheils Schiffer gewesen, und es würde sich aus den Kirchenbüchern nachweisen lassen, daß von 1722 bis 1735 im Kirchspiel Wilster 11 Leute Namens Joh. Holler Kinder bekommen. Justificaten hätten es nicht für nöthig erachtet, die desfälligen Extracte auszulösen.

Es sei aber sogar der Beweis zu führen, daß um die betreffende Zeit Leute des Namens Johann Holler mit der Bezeichnung „nauta“ Töchter bekommen haben, die keine Geschwister gewesen sein könnten.

Nach dem von den Justificanten producirten Schein sei den 9. Octbr. 1721 in Wilster ein Joh. Holler mit Christine Margr. Nagels verehelicht. Nach der Anl. I. sei den 4. Novbr. 1725 daselbst ein Joh. Holler mit der damals schwangeren (**stuprata**) Antje Harms copulirt und den 5. Octbr. 1827 sei wieder ein Joh. Holler mit der Wittwe Sielcke Heeschen copulirt. Cathr. Sophia Hollers könne daher eben so wohl aus einer der beiden letzten, als aus der ersten Ehe, entsprossen sein.

Auch am 11. Novbr. 1725 sei einem Schiffer Joh. Holler in Wilster (nach Anl. II) eine Tochter Anna Elsabe Holler geboren. Nach der Theorie der Justificanten müßte auch diese eine Schwester von Gesa Margr. und Cathr. Sophia sein; offenbar sei diese aber die Tochter der am 4. Novbr. 1725 in der Schwangerschaft copulirten Antje Harms; und ohne Zweifel sei die Gesa Margaretha die Tochter der 1721 verheiratheten, die Cathr. Sophia aber die Tochter des 1727 verehelichten Joh. Holler.

Der künstliche Beweisversuch spreche gegen die Justificanten. Denn aus den von ihnen beigebrachten Scheinen ergebe sich (was von ihnen verschwiegen sei), daß die Eheleute Bargmann nicht in Person bei den Geschwistern Suhr Gevatter gestanden, was gewiß aber würde geschehen sein, wenn sie wirklich Onkel und Tante der letzteren gewesen.

Hiernach stehe den Justificanten die **exceptio non fundatæ intentionis** entgegen. Da die Justificanten **sub pœna præclusi** zu justificiren gehabt, so könne das Resultat der verfehlten Justification auch nur in definitiver Abweisung der Justificanten **ref. exp.** bestehen.

Es ist sodann bestritten, daß hier Römisches Recht und Gradesnähe entscheide. Es komme vielmehr Lübisches Recht zur Anwendung, welches in den entfernteren Graden der Verwandtschaft nicht allein auf Gradesnähe sehe, sondern die halbe Geburt vor der vollen um einen Grad zurücktreten lasse.

Unter Acceptation der justificantischen Anerkennung, daß die Justificaten im sechsten Grade mit dem Erblasser verwandt seien, ist schließlich um definitive Abweisung der Justificanten und um Zuerkennung der Suhr'schen Erbmasse **ded. ded.** an die Justificaten gebeten.

Nach stattgehabter mündlicher Verhandlung hat hiernächst der Wilstersche Magistrat am 5/7. Septbr. v. J. erkannt: *)

> Könnten und würden die Justificanten **s. s.** innerhalb Ordnungsfrist rechtlicher Art nach darthun und erweisen:
>
> > daß der von ihnen als ihr Stammvater angezogene Joh. Holler der legitime Vater sowohl der Mutter des Erblassers Joh. Jürgen Suhr, Namens Catharina Sophie Holler, als auch der Mutter des J. F. Bargmann, Namens Gesche Margaretha Holler, gewesen ist, diese beiden genannten Frauenzimmer mithin leibliche Schwestern gewesen sind,
>
> so ergehe auf solchen geführten oder nicht geführten Beweis demnächst in dieser Sache weiter, was den Rechten gemäß. Unter Aussetzung der Kosten u. s. w.

Hiergegen haben sowohl die Justificanten als die Justificaten **rite** das Rechtsmittel der Appellation ergriffen.

---

*) Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß die Justificanten ihre angegebene Verwandtschaft im fünften Grade mit dem verstorbenen Erblasser J. J. Suhr darauf begründen, daß sie von einer leiblichen Schwester (Gesche Margaretha Holler) der Mutter des Erblassers (Catharina Sophia Holler), welche beide leibliche Töchter eines und desselben Johann Holler, nauta in Wilster, gewesen sein sollen, abstammen — solches jedoch von den Justificaten in Abrede gestellt wird und auch aus den von den Justificanten beigebrachten Geburts- und Taufscheinen die von ihnen behauptete Verwandtschaft zur Genüge Rechtens nicht hervorgeht, es vielmehr, da die Mutter resp. der Gesche Margaretha Holler und der Catharina Sophia Holler, in deren Geburtsscheinen nicht angegeben ist, auch zu der in Betracht kommenden Zeit verschiedene Individuen des Namens Johann Holler (resp. auch nauta bezeichnet), denen Töchter geboren sind, in Wilster existirt haben, zweifelhaft bleibt, ob der von Justificanten inducirte Johann Holler Vater der Gesche Margaretha Holler und auch der Catharina Sophia Holler war, diese beiden mithin Schwestern gewesen, oder ob sie von verschiedenen Vätern gleiches Namens erzeugt sind; Ersteres jedoch vollständig zu beweisen sein wird, ehe die Erbansprüche der Justificanten für rechtlich fundirt erachtet werden können; und

in fernerer Erwägung, daß die als Verwandte des siebenten Grades und event. Intervenienten sich gemeldeten Profitenten zum Suhr'schen Angabeprotocolle, so weit sie nicht bereits vorher zurückgetreten sind und ihre Angaben zurückgenommen haben, im Verhandlungstermin den 22. August d. J. ihre vermeintlichen Ansprüche interveniendo nicht justificirt haben und daher, dem gemeinschaftlichen Protocollantrage der Justificanten und Justificaten gemäß, gänzlich abzuweisen sein werden.

Die Justificanten haben dahin gravaminirt:

1) daß erkannt, wie geschehen, und nicht vielmehr dem Justificationsantrage gemäß erkannt worden, daß Justificanten ihre Erblegitimation beschafft haben und demnach ihnen der Nachlaß des Johann Jürgen Suhr ded. ded. zu adjudiciren und auszuliefern sei, daß dagegen diejenigen Erbprätendenten, welche die Specialjustification gefordert haben, mit ihren Ansprüchen auszuschließen und schuldig seien, den Justificanten die Kosten der Specialjustification, d. et m. s., zu erstatten; event.

2) daß nicht wenigstens den Justificaten gleichfalls der Beweis ihres behaupteten sechsten Verwandtschaftsgrades auferlegt worden.

Die Justificaten dagegen haben sich darüber beschwert:

1) daß erkannt, wie geschehen, und nicht vielmehr

2) erkannt ist, daß die Justificanten ihre Angabe ad proclama über den Nachlaß des verstorbenen Goldschmidts Joh. Jürgen Suhr wie Rechtens nicht justificirt haben, daß sie daher mit ihren Erbansprüchen an den proclamirten Nachlaß ab- und zur Ruhe zu verweisen, und schuldig seien, ihr professum binnen 6 Wochen im Angabeprotocoll deliren zu lassen und binnen gleicher Frist den Justificaten die sämmtlichen Proceßkosten zu erstatten und dagegen die Justificaten als die nächsten Erben def. Joh. Jürgen Suhr anzuerkennen und ihnen ded. ded. und Theilung unter ihnen vorbehältlich, die Erbmasse auszukehren sei; event.

3) daß so, wie geschehen, Beweis erkannt ist und daß nicht vielmehr den Justificanten der Beweis auferlegt ist:

   daß sie mit dem Erblasser Joh. Jürgen Suhr im fünften Grade der Civilcomputation vollbürtig und ehelich verwandt sind;

in omnem eventum

4) daß den Justificanten nicht der Beweis dahin auferlegt ist:

   daß der von ihnen als ihr Stammvater angegebene Joh. Holler der legitime Vater sowohl der Mutter des Erblassers Joh. Jürgen Suhr, Namens Cathr. Sophia Holler, als auch der Mutter des J. F. Bargmann, Namens Gesa Margaretha Holler, gewesen ist und daß diese beiden Frauenzimmer eheliche und vollbürtige Schwestern gewesen sind; und daß die Justificanten eheleibliche und vollbürtige Descendenten der weiland Gesa Margaretha Holler, verehelichten Bargmann, aus Wilster sind;

5) oder wie sonst nach Lage der Acten der Beweis für die Justificanten zu fassen sein möchte.

Es steht sonach der Grund oder Ungrund der hinc inde erhobenen Beschwerden, daher die ganze Fassung des abzugebenden Erkenntnisses zur Frage.

In Erwägung nun, was die von den Parteien angeregten formellen Zweifel anlangt, daß es

1) eine exceptio de jure tertii, mithin ein unzulässiges Vorbringen ist, wenn die Justificanten appellando sich darüber beschweren, daß die sent. a qua von dem auferlegten Beweise die Entscheidung der Frage abhängen lasse, ob Justificanten oder die Justificaten zur Erbschaft gelangen, indem dies dem Interesse des Fiscus widerstreite; und daß die Behauptung, es hätte die angebliche Justification der Justificaten entweder als unzeitig ex officio zurückgewiesen, oder unter Aussetzung der Verhandlung in con- und reconventione den Justificanten oder sonstigen Berechtigten, event. dem Fiscus die Angelegenheit zur Contradiction offen gehalten werden müssen, um so unbegründeter erscheint, da die Parteien im allgemeinen Justificationstermin sich über das unter ihnen zu beobachtende Verfahren geeinigt und Justificanten selbst freiwillig diese Parteirolle übernommen haben, und da dieselben an dem Streite selbstverständlich nur insofern ein Interesse haben, als es sich darum handelt, ob sie ihre gemachten Erbansprüche justificirt haben, während es ihre Sache nicht ist, darüber zu wachen, wem die fragliche Erbschaft zufallen werde, falls Justificanten mit ihren Ansprüchen nicht durchdringen; — daß daher die zweite eventuelle Appellationsbeschwerde der Justificanten jedenfalls als unbegründet erscheint;

daß aber

2) eben so unbegründet die Behauptung der Justificaten sich darstellt, als sei nach Lage der Sache eine den Justificanten zu machende Beweisauflage überall nicht mehr möglich, weil ihnen die Justification innerhalb Ordnungsfrist sub poena praeclusi aufgegeben sei, indem nach bekannten Proceßgrundsätzen die sub pœna præclusi gesetzte Frist sich auf die Einleitung des Justificationsverfahrens bezieht, dieses aber selbstverständlich keineswegs geeigenschaftet ist, ein besonderes Beweisverfahren auszuschließen;

in Erwägung, daß in der Hauptsache zur Frage steht, wie nach den Resultaten der versuchten Erblegitimation zu erkennen, wobei zu bemerken, daß, da auch der Lübisch-rechtliche Grundsatz, daß die halbe vor der vollen Geburt um einen Grad zurücktrete, in der Praxis der Städte Lübschen Rechts bei den entfernteren Graden der Verwandtschaft nicht mehr zur Geltung

gebracht wird, lediglich die gemeinrechtliche Intestaterbfolge des Römischen Rechts in Betracht kommt;*) daher im vorliegenden Falle auf die volle oder halbbürtige Verwandtschaft, wie die Justificaten den Beweis der ersteren verlangen, nichts ankommen kann und daß folglich die dritte und vierte Beschwerde der Justificaten, in wie weit diese auf den verlangten Beweis der resp. vollbürtigen Verwandtschaft gerichtet sind, als unbegründet erscheinen;

in Erwägung, daß die Justificanten durch die sub nris. 5—11 der Original-Anlagen zu den Acten gebrachten Extracte aus den resp. Tauf-, Copulations- und Todtenregistern bescheinigt haben: daß Johann Hollers Sohn Johann am 21. März 1697 zu Heiligenstedten geboren ist und sich am 9. Octbr. 1721 in Wilster mit Jungfrau Christine Margreta Nagels, Hinrich's Tochter, verheirathet hat; — daß dieser Hinrich Nagel, sartor in Wilster, 3 Töchter gehabt, Christine Margrete, geb. den 6. Jan. 1699, Sophia, geb. den 29. Juli 1700, und Elsabe, geb. den 29. Septbr. 1707; daß am 19. Decbr. 1722 dem nauta Joh. Holler in Wilster eine Tochter Gesche Margaretha Holler geboren ist, bei welcher unter andern eine Gesche Hollers aus Heiligenstedten zu Gevatter gestanden; — daß nauta Joh. Holler in Wilster am 11. Novbr. 1725 eine Tochter, Anna Elsabe Holler, bekommen, deren Gevatter Elsabe Nagels und abermals eine Heiligenstedtenerin, Gesche Engelbrechts, gewesen, daß endlich dem nauta Joh. Holler in Wilster am 23. Juni 1728 eine Tochter, Catharina Sophia Holler, geboren ist, bei welcher Sophia Nagel zu Gevatter gestanden, — daß aber die Identität des als Vater der gedachten 3 Töchter genannten Johann Holler um so wahrscheinlicher erscheint, da derselbe jedesmal als nauta in Wilster bezeichnet ist, da bei der constatirten Gewißheit, daß Joh. Holler, der Gesche Margaretha Vater, aus Heiligenstedten gewesen und bei den beiden folgenden Töchtern jedesmal eine Heiligenstedtenerin zu Gevatter gestanden, überdies auch amtlich attestirt worden, daß in dem Zeitraum vom 19. Decbr. 1722 bis Ende März 1745 außer den genannten 3 Töchtern keine Kinder von einem nauta Joh. Holler im Wilsterschen Taufregister vorgefunden;

in fernerer Erwägung, daß durch den Inhalt der sub 12 bis 22 der Originalanlagen producirten Tauf-, Copulations- und Todtenatteste gleichfalls bescheinigt worden, daß Gesche Margaretha Holler, Tochter des am 3. März 1744 verstorbenen Joh. Holler in Wilster und der Christina Margretha, geb. am 8. Sonntage Trinitatis 1744, mit dem Wittwer Joh. Heinrich Bargmann aus Hamburg in Wilster proclamirt, am 9. Trinitatissonntage desselben Jahres copulirt, und nachdem sie sich später nach dem Tode ihres Mannes zum zweiten Male mit Franz Joachim Gerckens verheirathet, im Jahre 1793 zu Hamburg verstorben ist; — ferner, daß aus der Ehe des Joh. Heinrich Bargmann und der Gesche Margaretha Holler ein Sohn Johann Friedrich hervorgegangen, welcher am 21. September 1749 geboren, am [illegible] April [illegible] gestorben und im Begräbniß seines Stiefvaters F. J. Gerckens beigesetzt ist; — daß endlich die beiden Justificanten die ehelichen Söhne des zuletzt gedachten Joh. Friedr. Bargmann sind;

in Erwägung, daß aus den sub Nr. 23 bis 26 gleichfalls zu Protocoll gelegten Documenten hervorgeht, daß der Erblasser Joh. Jürgen Suhr ein Sohn des Jürgen Suhr in Wilster gewesen, welcher am Freitage nach dem 16. Trinitatis-Sonntag 1749 mit Cathrina Sophia Hollers, seligen Joh. Hollers eheleiblicher Tochter, copulirt worden, und daß zu den aus dieser Ehe erzeugten beiden ältesten Kindern, den Geschwistern des Erblassers, welche beide vor letzterem verstorben, resp. Joh. Heinrich Bargmann in Hamburg und Gesche Margr. Bargmann in Hamburg Gevatter gestanden;

in Erwägung, daß hinfolglich die Justificanten überzeugende Gründe dafür beigebracht, daß ihre Großmutter Gesche Margr. Holler und daß diese Gesche Margr. Holler die Schwester der Catharina Sophia, geb. Holler, der Mutter des Erblassers gewesen, daß mithin sie, die Justificanten, als Erben des defuncti

*) Es sind in Veranlassung des vorliegenden Rechtsfalls von dem Obergericht die Berichte sämmtlicher Magistrate der Holsteinischen Städte, in denen das Lübsche Recht gilt, über die Frage erfordert worden, ob der oben erwähnte Grundsatz dieses Rechts bei den entfernteren Graden der Verwandtschaft noch zur Anwendung komme. Aus den erstatteten Berichten geht hervor, daß diese Frage in allen diesen Städten, Oldenburg und Kiel ausgenommen, wenigstens in einer Reihe von Jahren nicht zur Dijudicatur gekommen ist. Der Oldenburger Magistrat hat im Jahre 1813 in Sachen des Uhrmachers Kohrn und Genossen daselbst, wegen Erbnahme und Auslieferung des Nachlasses des weiland Bäckermeisters Rickels in Oldenburg, die gleiche Berechtigung der halben Geburt mit der vollen in den entfernteren Verwandtschaftsgraden statuirt, womit derzeit auch schon das Holsteinische Obergericht, an welches die Sache im Supplicationswege gelangte, sich einverstanden erklärte, und es hat ferner der Kieler Magistrat in einem im Jahre 1851 in Nachlaßsachen der Maria Timmann, weiland in Kiel, abgegebenen Erkenntnisse in gleichem Sinne sich ausgesprochen, indem der Antrag einer vollbürtigen Cousine der Erblasserin, neben der halbbürtigen Tante derselben als Miterbin zu concurriren, als ungerechtfertigt zurückgewiesen wurde.

Joh. Jürgen Suhr im fünften Grade der Civilcomputation anzusehen;

in Erwägung, daß auch die überzeugende Kraft dieser Argumente durch die von den Justificaten aufgestellte bloße Behauptung, daß im Anfange des vorigen Jahrhunderts im Kirchspiel Wilster eine größere Anzahl von Schiffern existirt, die sämmtlich Joh. Holler geheißen, durch die Berufung darauf, daß der Name der Mutter der Gesche Margr. und der Catharina Sophia Holler im Kirchenbuch nicht mit verzeichnet worden, — daß Todtenregister für die Herkunft keine beweisende Kraft bieten, so wie durch die aufgestellte Conjectur, daß die auf der Anlage **II** des Recesses der Justificaten genannte Anna Elsabe Holler die Tochter des ebendaselbst Anlage **I** genannten, mit der Antje Harms verheiratheten Joh. Holler sollte gewesen sein, nicht geschwächt wird;

in Erwägung, daß bei anticipirtem Beweise nur dann, wenn beide Parteien ihre Beweise vollständig geführt haben, definitiv erkannt werden muß, daß aber im vorliegenden Falle zu einem definitiven Erkenntniß über den **anticipando** versuchten Beweis um so weniger eine rechtliche Veranlassung vorliegt, weil theils für beide Parteien ein erhebliches Interesse auf dem Spiele steht, die zur Erblegitimation herbeizuschaffenden Beweisargumente aber durch die Entferntheit der Verwandtschaftsgrade besonders erschwert, theils aber die Justificaten in dem ersten Verfahren überall keine Gelegenheit, den anticipirten Beweis in seinen einzelnen [illegible] und Consequenzen mit Vollständigkeit anzufechten, gehabt haben, eine solche Beweisanfechtung aber auch fernerhin als abgeschnitten erscheinen würde, falls unter obwaltenden Verhältnissen nur noch den Justificaten ein (Gegen)-Beweis nachgelassen würde;

in Erwägung, daß, wenn bei anticipirtem Beweise nicht definitiv zu erkennen, vielmehr zu interloquiren ist, am angemessensten das Beweisverfahren durch das Interlocut so eingeleitet wird, als wäre überall nicht anticipirt;

in Erwägung, daß, wenn demnach das den Justificanten zu verstellende **thema probandum** am angemessensten darauf zu richten, „daß die Justificanten im fünften Grade der Civilcomputation mit dem verstorbenen Joh. Jürgen Suhr verwandt," hiermit keinesweges ausgesprochen ist, daß der **anticipando** versuchte Beweis für verfehlt oder auch nur für mangelhaft zu erachten, und daß eine von der anticipirten abweichende Beweisführung gewärtigt werde; wie denn aus dem Obigen als sich von selbst verstehend auch hervorgeht, daß dieses Beweisthema nicht in Gemäßheit der dritten Appellationsbeschwerde der Justificaten, sondern in dem von den Justificanten befolgten Sinne, **wornach** auf die volle oder halbe Geburt der einzelnen Familienglieder nichts ankommt, gewählt worden,

wird, auf eingelegte Unterinstanzacten und vertheilte Recesse, nach stattgehabter mündlicher Verhandlung, hiedurch von Obergerichtswegen für Recht erkannt:

daß das angefochtene Erkenntniß des Wilsterschen Magistrats vom 5./7. Septbr. v. J. dahin abzuändern:

Könnten und würden die Justificanten innerhalb Ordnungsfrist, unter Vorbehalt des Gegenbeweises und der Eide, darthun und erweisen,

daß sie mit dem Erblasser Joh. Jürgen Suhr im fünften Grade der Civilcomputation verwandt sind,

so würde nach solchem geführten oder nicht geführten Beweise, sowohl in der Hauptsache, als der Kosten wegen, ferner ergehen, was den Rechten gemäß.

Wie denn solchergestalt hiedurch erkannt wird

V. R. W.

Urkundlich *x.* **Publicatum** im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 17. April 1855.

(Der Beschluß folgt.)

Criminalfälle.

Versuch des Raubmordes, Diebstahl und Unterschlagung. — Die den Familiendiebstahl betreffenden Vorschriften des Art. 165 der peinlichen Halsgerichtsordnung leiden auch Anwendung auf die Verbrechen der Unterschlagung und Veruntreuung.

(Fortsetzung.)

Auf Defension hat Inculpat mit dem Bemerken verzichtet, daß er erst abwarten wolle, ob überhaupt eine Strafe wider ihn erkannt werde; es ist ihm aber **ex officio** ein Defensor bestellt worden.

Dieser ist der Ansicht, es dürfe nicht als erwiesen angenommen werden, daß es der Inculpat Walther gewesen, welcher den Döhrling verwundet habe, weil

das Zeugniß des Damnificaten immer ein suspectes sei, ein Irrthum in der Person hier aber um so eher denkbar wäre, da Döhrling noch sehr leidend gewesen, als Inculpat ihm gegenübergestellt worden, weil ferner die Behauptung des **alibi** zwar anscheinend widerlegt würde durch die Menge von Zeugen, welche wider den Inculpaten aufgetreten, es aber doch als ein für den letzteren sprechender Umstand hervorgehoben werden müsse, daß er schon um 10 Uhr in St. Pauli gewesen, da actenmäßig nichts darüber constire, ob er, wenn er der Mensch gewesen, der Abends in der Nähe von Friedrichsruhe gesehen worden, wirklich schon um 10 Uhr habe in St. Pauli sein können, weil weiter auch der von Mehreren bezeugte Umstand, daß der von ihnen am 2. August früh Morgens gesehene Mensch sichtbare Spuren vom Gehen durch nasses Gras an sich getragen, auch in Verbindung mit der Angabe des Döhrling, daß der Mensch, welcher ihn geschossen, querfeldein durchs Korn davongelaufen sei, keine indicirende Kraft habe, indem eine solche Erscheinung sich bei jedem Wanderer zeige, der im Augustmonat früh Morgens gegangen sei, auch wenn er nicht vom geraden Wege abgewichen wäre, und weil endlich auch aus dem Umstande, daß das zu den Acten gebrachte Terzerol in der Nähe des Platzes, wo Inculpat gesessen, aufgefunden worden, noch nicht folge, daß er es im Besitz gehabt, überdies auch nicht auf die allein geeignete Weise durch Sachverständige constatirt sei, weder daß diese Waffe mit gleichem Hagel, wie die aus der Wunde herausgezogenen, geladen gewesen, noch daß mit solcher Waffe die Verwundung hätte ausgeführt werden können.

Aber selbst vorausgesetzt, daß Inculpat für überführt zu erachten, auf den Döhrling geschossen zu haben, meint der Defensor, sei es doch nicht erwiesen, daß dies dolose und in verbrecherischer Absicht geschehen sei.

Denn dies setze mit Nothwendigkeit eine Personenverwechselung voraus und alle Momente, welche einer solchen Annahme anscheinend einige Wahrscheinlichkeit gewährten, würden völlig aufgewogen durch die Betrachtung, daß eine Personenverwechselung völlig undenkbar erscheine, theils weil Inculpat den Döhrling am Tage vorher in seinem Hause gesehen, theils weil er ohne Zweifel den Nummerträger Schmahl kennen werde, der fast täglich nach Trittau komme und zudem ein auffallendes Individuum sei, welches sich nicht selten dem Publicum durch einen schweren Rausch bemerklich mache. Außerdem würde aber auch Inculpat, wenn er wirklich die Absicht gehabt, Döhrling zu berauben, ihn auch aufs Genaueste untersucht haben, was doch, wenn es geschehen wäre, irgend welche Spuren, an denen Döhrling dies hätte erkennen können, zurückgelassen haben würde.

Daher, meint der Defensor, könne Inculpat, wenn er für überführt zu erachten, daß von ihm die Verwundung ausgegangen, nur wegen culposer Körperverletzung bestraft werden.

Auch rücksichtlich des in Lienau verübten Diebstahls hält der Defensor die ermittelten Indicien nicht für ausreichend, um den Inculpaten dieses Verbrechens für schuldig zu erachten; indem er davon ausgeht, daß die allerdings erwiesene Anwesenheit am Orte der That noch nicht zu dem Schlusse berechtige, daß der Diebstahl vom Inculpaten begangen sei, anderweitige hinlängliche Indicien aber weder in den von den Eheleuten Nähr bezeugten Umständen, noch in den Aussagen der übrigen Zeugen vorlägen.

Seinen hauptsächlichen Antrag richtet sonach Defensor auf eine **absolutio ab instantia**, indem er eventuell darauf anträgt, daß die dem Inculpaten wegen der Ergebnisse der Untersuchung etwa zuzuerkennende Strafe im Ganzen eine zweijährige Zuchthausstrafe nicht übersteigen möge.

Das Reinbecker Amthaus hat das an Döhrling begangene Verbrechen als Versuch des Raubes characterisirt und eine achtjährige Zuchthausstrafe in Vorschlag gebracht.

Wegen der vom Inculpaten gegen seinen Vater begangenen Verbrechen hat ihm letzterer im Laufe der Untersuchung vollständige Verzeihung zu Theil werden lassen. Von einer Bestrafung dieser Vergehen hat daher abgesehen werden müssen, da die den Familiendiebstahl betreffenden Vorschriften des Art. 165 der peinlichen Halsgerichtsordnung nach der richtigeren Ansicht auch bei den dem Diebstahl verwandten Verbrechen der Unterschlagung und Veruntreuung zur Anwendung zu bringen sind.

Was nun ferner zunächst das an den Zimmermann Döhrling begangene Verbrechen anlangt, so ist der objective Thatbestand in so weit außer allem Zweifel gestellt, als es durch die beeidigte Aussage des Verwundeten und das ärztliche Gutachten vollständig erwiesen ist, daß Döhrling mittelst einer mit Hagel geladenen Schußwaffe von fremder Hand am Hinterkopf verwundet worden.

Daß diese That vom Inculpaten begangen ist, hat der Verletzte eidlich bezeugt. Ein Irrthum in der Person aber erscheint um so weniger denkbar, weil Döhrling schon vor der Gegenüberstellung mit Walther mit der Erklärung, daß er den Menschen, der ihn verwundet, unter 50 herausfinden werde, von diesem Menschen eine mit dem Inculpaten und dessen Kleidung correspondirende Beschreibung gegeben. Und die ent-

schiedenste Bestätigung findet ja denn auch Döhrling's Zeugniß in allen anderweitig ermittelten Umständen.

Es ist vollständig erwiesen, Inculpat hat sich nicht, wie er mit frecher Unverschämtheit zu behaupten fortfährt, unerachtet 26 Zeugen wider ihn aufgetreten sind, auf der Reise von Kiel nach Altona befunden, sondern hat sich im Gegentheil in der Gegend umhergetrieben, wo das Verbrechen verübt ist. Er ist am Tage vorher in Lütjensee, dem Wohnort des Döhrling, wie auch in Bollmoor gewesen und hat sich aufs Angelegentlichste und in sehr verdächtiger Weise nach dem Nummerträger erkundigt, der mit Döhrling in derselben Kathe in Lütjensee wohnt. Am folgenden Morgen hat ihn ein fünfzehnjähriger Knabe unmittelbar vor dem Zusammentreffen mit Döhrling gesehen, und wie der Knabe bezeugt, hat er sich bei ihm darnach erkundigt, ob ein Mann, der Nummerträger, schon vorübergegangen sei, und hat, als diese Frage bejaht worden, seinen Weg eiligst weiter fortgesetzt. Auch nach der That ist er wieder, quer über eine Koppel kommend, von einem andern Knaben gesehen worden, und den Zeugen, die ihn dann in der Morgenstunde zwischen 7 und 8 Uhr gesehen, ist es aufgefallen, daß seine Beinkleider so naß gewesen, als wenn er schon eine bedeutende Strecke Wegs im nassen Grase zurückgelegt. Zu allem dem kommt endlich auch noch, daß, nachdem Inculpat am Abend des nämlichen Tages arretirt worden, unmittelbar hinter dem Platze, wo er in dem Wachlocal gesessen, ein Terzerol gefunden worden, das nach den von den Polizeiofficianten bezeugten Umständen von Walther dahin gelegt sein muß und mit Hagel von gleicher Beschaffenheit, wie die aus der Wunde des Döhrling herausgezogenen, geladen war.

In der That kann es unter solchen Umständen bei der überzeugenden Kraft, welche in dem Ineinandergreifen der verschiedenen, sich gegenseitig unterstützenden Indicien liegt, nicht bedenklich erscheinen, das Schuldig über den von dem Verletzten eidlich als der Thäter mit aller Entschiedenheit recognoscirten Inculpaten Walther auszusprechen, einen Menschen, der auch schon durch die gegen seine Aeltern begangenen Verbrechen gezeigt hat, daß er auch das frevelhafteste Mittel nicht scheut, um sich in die Lage zu versetzen, seinen Lüsten in vollen Zügen fröhnen zu können. Vollends schwinden muß aber jeder Zweifel, wenn daneben noch in Berücksichtigung gezogen wird, daß, wie dies ja der in Lienau begangene Diebstahl ausweist, Inculpat sich an jenem Tage in verbrecherischer Absicht umhergetrieben hat. Denn, daß von ihm der in Lienau am hellen Tage mittelst Einbruchs und Einsteigens begangene, objectiv durch die beeidigte Aussage der bestohlenen Eheleute Benn vollständig constatirte Diebstahl verübt worden ist, liegt wo möglich noch klarer zu Tage.

Der kleine neunjährige Sohn der Eheleute Benn will es mit angesehen haben, wie Inculpat eine Fensterscheibe eingeschlagen und ins Fenster gestiegen ist. Der Käthner Dencker, der gerade zu der betreffenden Zeit bei der Benn'schen Kathe vorbeifuhr, bestätigt es, daß ein fremder junger Mann sich bei der Benn'schen Kathe sehr verdächtig benommen habe; und die Anbauern Niemeyer und Martens haben, als sie sich auf Dencker's Veranlassung nach der Benn'schen Kathe begeben, einen Fremden hinter einem neben der Wohnung des Benn liegenden Haufen Holz hervorkommen sehen, Martens aber hat den Inculpaten eidlich als diesen fremden Menschen recognoscirt. Walther ist auch, wie durch eine Reihe von Zeugen vollständig erwiesen worden, schon am Morgen in Lienau gewesen und hat sich dort fälschlich für einen Schlachter ausgegeben, ja ist auch nach der beeidigten Aussage der Eheleute Fick und des Sohnes der letzteren noch am Nachmittage unmittelbar vor dem Diebstahl in Lienau gewesen. Bald nach dem Diebstahl ist er aber, wie durch das beeidigte übereinstimmende Zeugniß der Eheleute Nähr ebenfalls vollständig erwiesen worden, bei ihnen in Hennfeldt sehr erhitzt und an der einen Hand blutend angelangt, hat zwei Stuben Leinen, a 8 bis 10 Ellen, bei sich geführt und hat bei dem Wirth, gegen den er seinen wahren Namen verleugnet, ein preußisches Vierzehn- und zwei preußische Siebenschillingsstücke wechseln lassen. Erwägt man nun, daß die Eheleute Benn zwei Stücke Leinen, a 8 bis 10 Ellen, vermissen und daß unter dem gestohlenen Gelde sich auch gerade ein preußisches Vierzehnschillingsstück befunden, und berücksichtigt man ferner, daß Inculpat bei seiner Anhaltung im Besitze einer Summe Geldes betroffen worden, über deren rechtlichen Erwerb er sich keineswegs genügend hat ausweisen können, so wird es sich nicht verkennen lassen, daß er der Verübung des fraglichen Diebstahls aufs Vollständigste überführt ist.

(Die Fortsetzung folgt.)

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen ***Henrici*** *und* ***Lucht.***
Gedruckt bei ***Augustin*** *in Glückstadt.*

24. Stück. Den 16. Juni 1856.

Entscheidungen.

Nach der Praxis der Holsteinischen Städte Lübschen Rechts ist in den entfernteren Verwandtschaftsgraden die halbe Geburt gleich der vollen zur Erbfolge berechtigt. — Ueber einen antieipirten Beweis hat der Richter sich nicht auszusprechen, so lange noch dem Gegner die Führung eines directen Gegenbeweises freisteht.

(Beschluß.)

Gegen dies Erkenntniß appellirten beide Parteien an das Königl. Oberappellationsgericht und wurden beide abschlägig beschieden.

Der auf die Appellation der Justificanten abgegebene Bescheid lautet:

Namens Sr. Königl. Majestät.

Auf die am 23. Juli v. J. hieselbst eingereichte Appellationsrechtfertiguug der Kaufleute Diederich Mathias Bargmann und Conrad Carl Bargmann in Hamburg, Justifieanten, jetzt Appellanten, wider Martin David Teckelnburg in Wilster, Anna Catharina Maria Duncker, jetzt deren Erben, daselbst, Peter Meyer in Heide, Catharina Margaretha Meyer c. c. in Hamburg, Hinrich Jacob Meyer in Oldesloe, Anna Elsabe Meyer c. c. in Altona, Anna Margaretha Nagel, geb. Schriever, c. c. m. in Heide, Maria Catharina Meyer, geb. Schriever, c. c. m. daselbst, Peter Zacharias Schriever daselbst, Dorothea Rebeeca Kruse, geb. Schriever, c. c. m. in Henstedt und Apotheker Runge, tut. noie. der unmündigen Achill Jürgen Suhr und Molly Dorothea Elsabe Suhr, Justificanten, jetzt Appellaten, betreffend Justifieation ihrer Angabe auf das Proelam über den Nachlaß des wail. Joh. Jürgen Suhr, jetzt Appellation wider das Erkenntniß des Holsteinischen Obergerichts vom 17. April 1855,

wird,

in Erwägung, daß durch die von den Justificanten vorgenommene Anticipation des Beweises den Justifieaten die rechtliche Möglichkeit der Führung eines direeten Gegenbeweises nicht abgeschnitten werden kann, Letztere auch auf dieses Recht nicht verzichtet haben, daß aber der Hauptbeweis und der direete Gegenbeweis in umgekehrter Richtung dieselbe Frage zum Gegenstande haben, daher beide zugleich mit einander zu prüfen und zu würdigen sind und mithin im Fall eines antieipirten Beweises der Richter sich über die Frage, ob der Beweis gelungen oder mißlungen sei, nicht auszusprechen hat, so lange noch dem Gegner die Führung eines direeten Gegenbeweises freisteht; sowie

in Erwägung, daß das Verlangen der Justifieanten, daß den Justifieaten derselbe Beweis ihrer Erblegitimation auferlegt werden möge, welchen sie, die Justifieanten, selbst zu führen haben, mit der eigenen Erklärung der Letzteren in ihrer Angabe auf das Proelam und ihrer Justifieationsschrift im Widerspruch steht, indem sie darin die Verwandtschaft der Justifieaten mit dem Erblasser im sechsten Grade wenigstens indirect anerkannt haben,

hiedurch

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Die Kostenansätze des Procurators passiren mit 5 ℛ 77 β R.-M.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Oberappellationsgericht zu Kiel, den 27. Febr. 1856.

Auf die Appellation der Justificaten erfolgte der nachstehende Bescheid:

Namens Sr. Königl. Majestät.

Auf die am 21. Juli 1855 hieselbst eingereichte Vorstellung des Martin David Teckelnburg in Wilster, für sich und als Mitvormund der unmündigen Kinder erster Ehe des Johann Duncker in Wilster, des August Carlsen in Wilster, als Mitvormundes dieser Kinder, des Johann Duncker daselbst mit seinen gedachten Kindern erster Ehe, als Erben und Litisreassumenten nach der während des Rechtsstreits verstorbenen Ehefrau Anna Catharina Maria Duncker, geb. Teckelnburg, zu Wilster, ferner des Peter Meyer in Heide, der Catharina Margaretha Meyer c. c. m. in Hamburg, des Hinrich Jacob Meyer, früher in Wandsbeck, jetzt in Oldesloe, der Anna Elsabe Meyer c. c. zu Altona, der Anna Margaretha Nagel, geb. Schriever, c. c. m. zu Heide, der Maria Catharina Meyer, geb. Schriever, c. c. m. daselbst, des Peter Zacharias Schriever daselbst, der Dorothea Reberea Kruse, geb. Schriever, c. c. m. zu Henstedt und des Apothekers Runge in Heide, tut. noie. der unmündigen Achill Jürgen und Molly Dorothea Elsabe Suhr, letzterer beiden resp. proprio nomine und als Intestaterben ihres inzwischen in der Unmündigkeit verstorbenen älteren Bruders Axel Frederik Suhr, Justificaten, jetzt Appellanten, gegen die Gebrüder Diedrich Matthias Bargmann und Conrad Carl Bargmann zu Hamburg, Justificanten, jetzt Appellaten, wegen Justification der sub passu 25 des Professionsprotocolls ad proclama über den Nachlaß des Joh. Jürgen Suhr zu Wilster profitirten Erbansprüche, jetzt Appellation gegen das Erkenntniß des Holsteinischen Obergerichts vom 17. April 1855,

wird,

in Erwägung, daß den Justificanten eine peremtorische Beweisfrist bisher nicht vorgeschrieben worden ist und daher der Antrag der Justificaten auf Abweisung der Justificanten zur Zeit nicht begründet erscheint;

in Erwägung, daß der Theil der obergerichtlichen Entscheidungsgründe, worin ausgeführt wird, daß die Justificanten den von ihnen antiripirten Beweis geführt haben, der Rechtskraft deshalb nicht fähig ist, mithin einen Beschwerdegrund für die Justificaten nicht enthält, weil jene Ausführung nach der Erklärung des Obergerichts das eigentliche Erkenntniß weder motiviren noch erläutern oder ergänzen soll;

in fernerer Erwägung, daß nach einer in älterer Zeit in mehren Entscheidungen des Holsteinischen Vier-Städte-Gerichts ausgesprochenen und in neuerer Zeit durch einzelne Erkenntnisse anderer Holsteinischer Gerichte bestätigten Praxis in denjenigen Städten Holsteins, in welchen Lübsches Recht gilt, bei anderen Seitenverwandten, als des Erblassers Geschwistern und deren Kindern, die halbe Geburt gleich der vollen Geburt zur Erbfolge berechtigt ist, und daß daher der Antrag der Justificaten auf eine Erweiterung des Beweissatzes dahin, „daß die Justificanten mit dem Erblasser Joh. Jürgen Suhr im fünften Grade der Civilcomputation vollbürtig verwandt seien," nicht begründet ist; sowie

in Erwägung endlich, daß, da in den Extracten aus Kirchenbüchern, auf welche die Justificanten sich beziehen, und deren Inhalt mithin als eine Ergänzung ihrer Behauptungen zu betrachten ist, nur von ehelichen Geburten und Verwandtschaften die Rede ist, das von dem Obergericht erlassene Beweisinterlocut nicht anders aufgefaßt werden kann, als daß den Justificanten der Beweis ehelicher Verwandtschaft auferlegt worden, und daß daher eine Ergänzung des Interlocuts auch in dieser Hinsicht nicht erforderlich erscheint,

den Appellanten hierdurch

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Die Kostenrechnung des Anwalts und Procurators wird auf 68 ℛ 19 ß R.-M. festgestellt.

Urkundlich rc. Gegeben im Königl. Oberappellationsgerichte zu Kiel, den 1. März 1856.

Nichtigkeit der Ehe wegen Impotenz. — Beweis derselben. — Voraussetzungen der böslichen Verlassung.

In Sachen der Ehefrau Wiebcke Christina Hedwig Claussen, früher verwittweten Feddersen, geb. Sauerberg, c. c. c., Klägerin und Appellantin, wider ihren Ehemann Peter Claussen in Wrohm, Beklagten, jetzt Appellaten, betreffend hauptsächlich Nichtigkeitserklärung der Ehe, event. Ehescheidung, jetzt Appellation wider das Erkenntniß des Norderdithmarsischen Consistoriums vom 19./23. Juni v. J.;

ergeben die Arten:

Die Klägerin und jetzige Appellantin hat bei dem Norderdithmarsischen Consistorio auf Nichtigkeitserklärung der von ihr im Frühling 1851 mit dem Beklagten eingegangenen Ehe angetragen und diesen Antrag auf die Behauptung gestützt, daß Beklagter sie nach

kaum sechswöchigem Zusammenleben verlassen habe, ohne sie erkannt zu haben, ihr auch selbst erklärt habe, daß er physisch unfähig sei, die eheliche Pflicht zu erfüllen. Zum Beweise der Impotenz ihres Ehemannes hat Klägerin ein Gutachten des Dr. Hübener in Heide angeschlossen und eventuell mit dem Bemerken, daß ihr Ehemann sie heimlich verlassen, ihr auch seit 2 Jahren sein Aufenthalt unbekannt sei, auf Scheidung der Ehe wegen böslicher Verlassung angetragen und gebeten, daß Beklagter zur Kostenerstattung schuldig erkannt werden möge.

Beklagter hat excipiendo seine Impotenz eingeräumt und die Nichtigkeitserklärung dem richterlichen Ermessen anheimgestellt, jedoch mit Rücksicht darauf, daß der Nichtigkeitsgrund als ein reiner casus aufzufassen sei, weil er vor Eingehung der Ehe seine physische Unfähigkeit zur Vollziehung des Beischlafes nicht gekannt, auf Compensation der Proceßkosten angetragen.

Zugleich hat er, es jedoch in Abrede stellend, daß er die Klägerin heimlich verlassen und ihr sein Aufenthalt unbekannt gewesen, sich eventuell damit einverstanden erklärt, daß die Ehe mit der Klägerin, zu der er nicht wieder zurückkehren wolle, wegen böslicher Verlassung getrennt werde.

Nach verhandelter Sache hat das Norderdithmarsische Consistorium unterm 23. Juni v. J. erkannt:

> daß das Unvermögen des Beklagten durch Eidesleistung beider Parteien näher zu constatiren sei, welche Eide dahin zu leisten,
>
> von der Klägerin:
>
> > daß ihr Ehemann, der Beklagte, ihr während ihrer ehelichen Verbindung nicht fleischlich beigewohnt habe,
>
> von dem Beklagten:
>
> > daß er seiner Meinung nach mit dem Mangel des männlichen Unvermögens behaftet sei.
>
> Sollten beide Parteien diese Eide ableisten, so werde die zwischen ihnen bestehende Ehe unter Kostencompensation für nichtig erklärt, im Widrigen aber Klägerin mit ihrer Klage auf Nullität der Ehe wegen Impotenz des Beklagten abgewiesen und ≈ nachdem Klägerin oder Beklagter den Eid verweigern, wider die den Eid verweigernde Partei auf Kostenerstattung erkannt werden. *)

Wider dies Erkenntniß hat Klägerin das Rechtsmittel der Appellation interponirt, dasselbe tempestive prosequirt und ihre Beschwerden darin gesetzt:

1) daß erkannt, wie geschehen, und nicht vielmehr die zwischen den Parteien bestehende Ehe für nichtig erklärt worden, unter Verurtheilung des Appellaten in die Proceßkosten; event.

2) daß nicht sofort auf Ehescheidung oder aber zuvor auf Beweis der dieselben begründenden Thatsachen erkannt worden, unter Verurtheilung des Appellaten in die Kosten des Processes; in eventum

3) daß nicht anstatt der beiden Parteien auferlegten Eide lediglich dem Appellaten der Eid auferlegt worden, daß er den Beischlaf mit der Appellantin während der ehelichen Verbindung mit ihr nicht vollzogen habe, auch seiner Meinung nach mit dem Mangel des männlichen Unvermögens behaftet sei, im Falle er diesen Eid leisten werde oder nicht, werde unter Vergleichung der Proceßkosten auf Nullität der Ehe erkannt oder aber unter Verurtheilung des Appellaten in die Kosten des Processes die Ehe für nichtig erklärt werden.

Es steht sonach zur Frage:

1) ob die unter den Parteien bestehende Ehe in Gemäßheit der ersten Beschwerde für nichtig zu erklären, event.

2) ob zu einer Trennung der Ehe wegen böslicher Verlassung ausreichender Grund vorliegt und wie bei Verneinung dieser Frage in der vorliegenden Sache zu erkennen sei?

In Erwägung nun, daß das, schon vor Eingehung der Ehe vorhandene, nicht auf vorübergehenden Ursachen beruhende Unvermögen zur ehelichen Beiwohnung nach Bestimmung des Kirchenrechts allerdings als ein Ehehinderniß aufzufassen ist, welches einen ausreichenden Grund zur Nichtigkeitserklärung der Ehe darbietet, falls dasselbe nicht etwa dem klagenden Theil schon vor

*) In den vorangestellten Entscheidungsgründen heißt es: In Erwägung, daß nach dem durch ein beigebrachtes ärztliches Gutachten und sonstige Umstände unterstützten Geständniß des Beklagten eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades darüber vorliegt, daß der Beklagte mit dem Mangel des männlichen Unvermögens behaftet und das Unvermögen desselben ein absolutes und unheilbares sei, sowie auch darüber, daß dasselbe bereits zur Zeit der Eingehung der Ehe vorhanden und damals der Klägerin unbekannt gewesen sei; daß aber die Bedingungen, unter denen eine Ehe wegen böslicher Verlassung getrennt werden kann, hier nicht vorliegen.

Eingehung der Ehe bekannt gewesen,*) daß jedoch der Beweis eines solchen Ehehindernisses nicht durch das Geständniß beider Ehegatten vollständig hergestellt werden kann, und was den vorliegenden Fall betrifft, das zu den Acten gebrachte, nicht von dem beikommenden Gerichtsarzte ausgestellte ärztliche Attestat, demzufolge das beregte Unvermögen des beklagten Ehemannes nicht an einer körperlichen Mißbildung äußerlich erkennbar gewesen, dem Gerichte keine genügende Gewähr dafür hat geben können, daß das Geständniß des Beklagten nicht auf einer Collusion der beiden Eheleute beruht;

in Erwägung, daß, so wenig solchemnach eine sofortige Nichtigkeitserklärung der Ehe hat gerechtfertigt erscheinen können, eben so wenig auch zu einer Scheidung der Ehe wegen böslicher Verlassung ausreichender Grund vorgelegen, da dieselbe nach den Grundsätzen des protestantischen Kirchenrechts eine beharrliche und selbst durch Anwendung geeigneter Zwangsmittel nicht zu überwindende Verweigerung des ehelichen Zusammenlebens voraussetzt, also in der Regel erst dann zulässig ist, wenn die vergebliche Anwendung von Ungehorsamsstrafen dem Gerichte die Ueberzeugung gewährt hat, daß der renitirende Theil den festen Willen hege, sich der Erfüllung der ehelichen Pflichten für immer zu entziehen, im gegenwärtigen Fall aber die Klägerin nicht nur keinen Versuch gemacht hat, den Beklagten, dessen Aufenthalt ihr, wie er behauptet, nicht unbekannt gewesen, zur Rückkehr zu ihr anzuhalten, sondern im Gegentheil, wie sie selbst beiläufig eingeräumt hat, durch Aufgeben ihres Hausstandes und Veräußerung ihres Geweses ihm die Möglichkeit genommen hat, zum Zweck des ehelichen Zusammenlebens zu ihr zurückzukehren, wie denn auch, zumal da die Eheleute sich schon sechs Wochen nach Eingehung der Ehe getrennt, Beklagter auch, wie er anführt, die Klägerin mit ihrem Vorwissen verlassen hat, und über die Gründe, welche dazu die Veranlassung gegeben, abgesehen von den, übrigens auch nicht einmal völlig mit einander übereinstimmenden Behauptungen der Parteien, nichts Näheres constirt, es in keiner Weise zu rechtfertigen sein würde, wenn man es von vorneherein als unzweifelhaft betrachten wollte, daß ein Versuch, den Beklagten durch Zwangsmittel zur Erfüllung seiner ehelichen Pflichten anzuhalten, erfolglos geblieben sein würde;

in weiterer Erwägung, die den Parteien zur Constatirung des Nichtigkeitsgrundes auferlegten Eide anlangend, daß, wenn man auch die heutige Anwendbarkeit der aus dem **cap. 5** und **7 X. de frigidis** entlehnten kirchenrechtlichen Grundsätze, wornach unter gewissen Voraussetzungen beiden Eheleuten über die behauptete Impotenz Eide aufzuerlegen sind, für unbedenklich erachten wollte, doch in dem gegenwärtigen Fall schon aus dem Grunde die Erkennung von Eiden nicht zu billigen ist, weil es an den Bedingungen fehlt, unter denen das gemeine Kirchenrecht die Eheleute zum Eide zuläßt, indem dasselbe nicht nur eine vorgängig stattgehabte ärztliche Untersuchung, welche die angebliche Impotenz und deren Unheilbarkeit nicht zur völligen Gewißheit erhoben hat, voraussetzt, sondern die Statthaftigkeit der Eide außerdem auch noch von der Bedingung abhängig macht, daß das Zusammenleben der Eheleute sich nicht auf einen kürzeren Zeitraum als drei Jahre beschränkt hat; *)

in Erwägung endlich, daß die Nichtigkeitserklärung der in Frage stehenden Ehe solchemnach keinenfalls von der Ableistung der erkannten Eide, sondern vielmehr nur von einem der Klägerin aufzuerlegenden Beweise hat abhängig gemacht werden dürfen und einer dem entsprechenden Abänderung der **sententia a qua** auch nicht etwa die Betrachtung entgegen stehen kann, daß darin für die Appellantin vielleicht eine **reformatio in pejus** gefunden werden könnte, da es sich hier nicht um einen Streitgegenstand handelt, welcher der Parteiwillkühr unterworfen ist, und ebenfalls der Richter in der Appellationsinstanz auch nicht unbedingt an die aufgestellten Beschwerden gebunden ist;

in schließlicher Erwägung, daß, wenn auch zur Führung des der Klägerin aufzuerlegenden Beweises vor Allem die Beibringung eines gerichtsärztlichen Gutachtens erforderlich sein wird, es doch der Klägerin selbstverständlich unbenommen bleibt, sich zugleich auch weiterer Beweismittel zu bedienen; wie denn auch bei der Prüfung des Ergebnisses des stattgehabten Beweisverfahrens die Berücksichtigung des vom Beklagten abgelegten Geständnisses nicht ausgeschlossen sein wird;

wird, nach auf eingelegte Recesse und Unterinstanzacten stattgehabter mündlicher Verhandlung, in Erwägung vorstehender Gründe, von Oberconsistorialgerichtswegen hiermittelst, unter Compensation der Kosten dieser Instanz, für Recht erkannt:

daß die **sententia a qua** dahin abzuändern:

Könnte und würde Klägerin innerhalb Ordnungsfrist, Gegenbeweis und Eide vorbehältlich, rechtlicher Art nach darthun und erweisen, daß Beklagter mit dem Unvermögen zur ehelichen Beiwohnung

*) cfr. Eichhorn, Grundsätze des Kirchenrechts, Bd. II., S. 346.

*) vgl. Eichhorn, l. c., S. 348.

unheilbar behaftet sei, so werde sowohl in der Hauptsache als der Kosten wegen weiter ergehen, was den Rechten gemäß.

Wie denn solchergestalt hierdurch erkannt wird

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. **Publicatum** im Königl. Holsteinischen Oberconsistorium zu Glückstadt, den 26. Febr. 1855.

Criminalfälle.

Versuch des Raubmordes, Diebstahl und Unterschlagung. — Die den Familiendiebstahl betreffenden Vorschriften des Art. 165 der peinlichen Halsgerichtsordnung leiden auch Anwendung auf die Verbrechen der Unterschlagung und Veruntreuung.

(Beschluß.)

Was sodann die weitere Frage betrifft, wie das an Döhrling begangene Verbrechen rechtlich zu characterisiren sei, so läßt schon der Umstand, daß Inculpat nachher in Lienau mit so vieler Keckheit einen Diebstahl ausgeführt hat, mit großer Wahrscheinlichkeit darauf schließen, daß Walther den Döhrling zu berauben beabsichtigt hat. Dem Letzteren ist nun zwar seine Baarschaft nicht abgenommen und die etwanige räuberische Absicht also nicht zur Vollführung gekommen. Allein daraus wird man nicht folgern dürfen, daß eine solche Absicht überhaupt nicht verfolgt worden. Denn mit den 5 ß, die Döhrling bei sich führte, konnte dem Inculpaten offenbar nicht gedient sein, der, um aufs Neue einige Tage im Bordell zubringen zu können, größere Geldsummen sich verschaffen mußte. Der Umstand, daß er dem Zimmermann seine 5 ß gelassen, dürfte vielmehr nur zur Bestätigung dafür dienen können, daß, wie dies nach Allem, was sonst ermittelt worden, angenommen werden muß, Inculpat es auf die Beraubung des s. g. Nummerträgers abgesehen gehabt, der regelmäßig eine nicht ganz unbedeutende Summe Geldes bei sich führt und er den Zimmermann Döhrling nur deshalb meuchlerisch überfallen hat, weil er ihn irrthümlich für den Nummerträger gehalten hat. Schon bei dem Gastwirth Ramm hatte er sich ja nach einem Nummerträger erkundigt, hatte auch dann im Hause des Schmahl sich darüber vergewissert, wann derselbe sich des Morgens auf den Weg nach Wandsbeck begebe, hatte ferner noch weitere Erkundigungen über den Nummerträger in Bollmoor bei dem Gastwirth Wittern eingezogen und hatte endlich auch noch den Knaben Mannsfeldt nach dessen Angabe kurz vor seinem Zusammentreffen mit Döhrling darnach befragt, ob der Nummerträger schon vorübergegangen sei und war wahrscheinlich durch die bejahende Antwort des Knaben zu dem Glauben veranlaßt worden, daß Döhrling, den er am Tage vorher in der Kathe nur flüchtig gesehen, der Nummerträger sei. Unter diesen Umständen wird man aber um so eher anzunehmen berechtigt sein, daß eine Beraubung beabsichtigt worden, weil kein anderes Motiv denkbar erscheint, welches den Inculpaten bestimmt haben könnte, den ihm völlig fremden Menschen hinterrücks in den Kopf zu schießen, die Annahme des Defensors aber, daß irgend ein wunderliches Spiel des Zufalls es herbeigeführt, daß der Inculpat, welcher unleugbar darauf ausgegangen, sich, sei es durch Raub oder Diebstahl, in den Besitz von Geldmitteln zu setzen, auch noch am selbigen Tage sein Ziel erreicht hat, seine geladene Pistole aus der Tasche gezogen und damit ganz unabsichtlich aus bloßer Unvorsichtigkeit den unmittelbar vor ihm gehenden Döhrling in den Kopf geschossen, — in das Bereich der völlig unhaltbaren und unberechtigten Hypothesen verwiesen werden muß.

Man kann eben deshalb auch in denjenigen Momenten, welche nach der Ansicht des Defensors gegen die Annahme einer räuberischen Absicht sprechen sollen, nur einen Beleg dafür finden, daß die frevelhafte Leichtfertigkeit, die der Inculpat in so hohem Grade besitzt, ihn auch bei der blinden Verfolgung seines verbrecherischen Ziels geleitet und ihn veranlaßt hat, den armen arglosen Arbeiter niederzuschießen, ohne sich gehörig davon überzeugt zu haben, ob er auch wirklich der Mann sei, den er suche, und ob bei ihm Geld oder Sachen von erheblichem Geldeswerth vorzufinden.

Uebrigens bedarf es auch kaum der Bemerkung, daß die Vermuthung des Defensors, es werde der Inculpat den Nummerträger Schmahl kennen, in den Acten eben so wenig eine Stütze findet, als die Voraussetzung, daß Walther, weil er Döhrling in der Kathe am Tage vorher flüchtig gesehen, auch habe wissen müssen, daß derselbe nicht als Nummerträger sich auf der Wanderschaft befinde.

Wenn es aber solchemnach als erwiesen anzusehen, daß vom Inculpaten eine räuberische Absicht verfolgt worden, so liegt nicht bloß ein einfacher Raubversuch vor, das begangene Verbrechen muß vielmehr als Versuch des Raubmordes characterisirt werden. Wenn nämlich der Inculpat in räuberischer Absicht ein mit Hagel geladenes Terzerol in unmittelbarer Nähe auf

den Kopf des zu Beraubenden abschießt, so muß er auch den Tod des letzteren nothwendig gewollt haben. Es ist dabei freilich eine gewisse Unbestimmtheit des Vorsatzes insofern nicht ausgeschlossen, als ihm der zu gewärtigende Erfolg seiner Handlung, der Tod des Verletzten, gleichgültig gewesen und er etwa nicht außer der Beraubung zugleich auch die Beseitigung eines gefährlichen Zeugen bezweckt haben mag. Es ist dies aber eine Unbestimmtheit, welche höchstens unter Umständen auf das Strafmaaß, nicht auf die rechtliche Characterisirung des Verbrechens von Einfluß sein kann. Sie findet sich überall, wo das Verbrechen nicht der Zweck des Handelns ist, sondern sich zu letzterem verhält wie Mittel zum Zweck, und kann sich zwar insofern wirksam äußern, als eben nur für letzteren, nicht für den Erfolg der dafür als Mittel dienenden Handlung die volle Willensenergie aufgeboten wird, ist aber in Beziehung auf die rechtliche Beurtheilung des vorliegenden Verbrechens bedeutungslos, weil es auf den Grad der Willenskraft nicht ankommt, wenn nur überhaupt der Wille als vorhanden angenommen werden muß. In dieser Beziehung kann nun freilich, wo das Geständniß fehlt, die That sich leicht in einem zweifelhaften Lichte darstellen; dann liegt dies jedoch nicht in einer Unbestimmtheit des **dolus**, sondern vielmehr in der factischen Ungewißheit über das Vorhandensein des zum Thatbestande des Verbrechens erforderlichen **dolus**, und darüber läßt die vorliegende That keinen Zweifel aufkommen. Denn wer in unmittelbarer Nähe ein mit ziemlich grobem Hagel geladenes Terzerol auf den Kopf eines Menschen abfeuert, der kann dies nicht thun ohne das entschiedene Bewußtsein des voraussichtlich tödtlichen Erfolges, er billigt diesen nicht etwa nur als einen eventuellen und möglichen, sondern er will ihn, weil er die Handlung will, welche, wenn sie auch, wie der gegebene Fall zeigt, die Möglichkeit eines geringeren Erfolges nicht unbedingt ausschließt, doch den Tod mit solcher an Gewißheit gränzenden Wahrscheinlichkeit erwarten läßt, daß die Handlung selbst als die unzweideutige Aeußerung einer tödtlichen Willensrichtung angesehen werden darf.

Dem Inculpaten fällt demnach außer einem durch Einbruch und Einsteigen qualificirten und mit vieler Verwegenheit ausgeführten Diebstahl auch ein Versuch des Raubmordes zur Last. Die Schwere des Verbrechens erfordert eine sehr nachdrückliche Strafe und Milderungsgründe stehen dem Inculpaten nicht zur Seite. Auf die noch dazu ungewisse Hoffnung hin, durch die That in den Besitz einer Summe Geldes zu gelangen, welche ihm die Möglichkeit gewähren konnte, einige Tage wieder ein wollüstiges Leben zu führen, hat er auf öffentlichem Wege einen Menschen meuchlings niedergeschossen, und als er hierauf sieht, daß er ein Menschenleben geopfert oder doch wenigstens in hohem Grade gefährdet hat, ohne in den Besitz der gewünschten Geldsumme zu gelangen, läßt er sich auch dadurch nicht von weiterer Verfolgung seines verbrecherischen Ziels abschrecken, sondern verfolgt dasselbe vielmehr mit solcher Beharrlichkeit, daß er noch am nämlichen Tage einen mit großer Keckheit und aller Wahrscheinlichkeit nach bewaffnet vollführten Diebstahl begeht. Während der Untersuchung aber hat er durch sein kaltblütiges, freches und unverschämtes Benehmen sich als einen völlig verstockten Verbrecher gezeigt, gleich wie er ja denn auch schon durch die gegen seine in dürftigen Verhältnissen lebenden Aeltern begangenen Verbrechen sich als einen moralisch tief gesunkenen Menschen manifestirt hat.

Das Verbrechen des Raubmordes ist gesetzlich mit geschärfter Todesstrafe bedroht. Der dem Inculpaten zur Last fallende Versuch aber ist rechtlich unzweifelhaft als nächster Versuch zu bezeichnen und es hat daher, obgleich die Verwundung des Döhrling keine bleibende Nachtheile für dessen Gesundheit herbeigeführt, wohl in Frage kommen können, ob Inculpat nicht mit der der Todesstrafe am nächsten stehenden Freiheitsstrafe zu belegen sei.

Für diese Ansicht hat sich denn auch das Obercriminalgericht entschieden und die Acten an das Königliche Oberappellationsgericht eingesandt, welches, nachdem Inculpat inzwischen aus dem Gefängnisse ausgebrochen und durch einen von ihm in Gemeinschaft mit einem gewissen Lupmann verübten Diebstahl Veranlassung gegeben zu einer weiteren Untersuchung, deren Ergebniß wir hier übergehen, nachstehendes Rescript erlassen hat:

Frederik der Siebente &c.

In Untersuchungssachen wider Claus Heinrich Walther aus Grönwold, wegen versuchten Mordes, mehrfach begangenen Diebstahls und Unterschlagung,

wird dem Holsteinischen Obercriminalgericht auf dessen Bericht vom 10. Juli unter Zurücksendung der Acten hiedurch eröffnet:

daß,

in Erwägung, daß der Zimmermann Claus Jochim Döhrling aus Lütjensee, Amts Trittau, eidlich ausgesagt hat, daß er am Morgen des 2. August 1852 gegen 5 Uhr auf dem Wege von seiner Wohnung nach Sassel mit einem ihm unbekannten Manne, welchen er in dem ihm vor Gericht gegenübergestellten Angeschuldigten Walther mit Sicherheit wieder erkannt hat, zusammengetroffen sei, daß der Fremde sich in ein Gespräch mit ihm, Döhrling, eingelassen und nahe hinter ihm hergehend, ihn durch einen Schuß verwundet habe, in Folge dessen er bewußtlos niederge-

fallen sei, daß er sich jedoch bald wieder erholt und den Fremden in einer Entfernung von etwa 20 Schritt davon laufend gesehen, daß er übrigens an Geld nur 5 ß bei sich gehabt habe, welche ihm nicht abgenommen worden seien;

in Erwägung, daß bei der am Vormittage desselben Tages angestellten ärztlichen Untersuchung des Döhrling an dessen Hinterkopf eine frische Schußwunde gefunden worden ist, in welcher einige Hagelkörner waren, daß nach dem ärztlichen Gutachten zwar das Leben des Verwundeten in hohem Grade gefährdet, derselbe jedoch nach ungefähr vier Monaten wieder völlig geheilt gewesen ist, ohne daß die Verwundung nachtheilige Folgen für die Gesundheit des Döhrling zurückgelassen hat;

in Erwägung, daß der Angeschuldigte, welcher am 27. Juli 1852 auf einem Transporte von Hamburg nach Trittau bei Schiffbeck entwichen und erst am Abend des 2. August in der Hamburger Vorstadt St. Pauli wieder verhaftet worden ist, zwar leugnet, mit Döhrling zusammen getroffen zu sein und denselben verwundet zu haben, vielmehr behauptet, am Nachmittage des 28. Juli von Hamburg auf der Chaussee in der Richtung nach Kiel weggegangen, dort am Abend des 30. Juli angekommen zu sein, am 31. Juli sich wieder zu Fuß auf den Rückweg begeben zu haben und am Nachmittag des 2. August in Altona eingetroffen zu sein, daß er jedoch keine Person namhaft gemacht hat, welche ihn während dieses Zeitraums gesehen hätte, während viele größtentheils beeidigte Zeugen, deren Angaben durch ihr Ineinandergreifen sich wechselseitig unterstützen, in dem Angeschuldigten einen jungen Mann wiedererkannt haben, welcher in den letzten Tagen vor der Verwundung des Döhrling an verschiedenen Stellen der nächsten Umgegend vom Orte der That getroffen ist, sich genau nach einem Nummerträger (Herumträger von Lotterieloosen) erkundigt hat, und nach einigen Zeugenaussagen, nachdem ihm die Kathe, welche der Nummerträger Schmahl und Döhrling gemeinschaftlich bewohnen, als die Wohnung eines solchen bezeichnet worden ist, sich am Abend des 1. August in diese begeben, sich, da Schmahl nicht zu Hause gewesen, bei den Ehefrauen Schmahl und Döhrling genau nach der Zeit des regelmäßigen Ganges des Letzteren nach Wandsbeck erkundigt und erfahren hat, daß der Nummerträger am folgenden Morgen zwischen 4 und 5 Uhr nach Wandsbeck gehen werde;

in Erwägung ferner, daß der 15jährige noch unconfirmirte Claus Mansfeld ausgesagt hat, es habe ein Fremder, welchen er in dem Angeschuldigten wieder erkannt, ihn am Morgen des 2. August, als er in einer Entfernung von einer Viertelstunde von dem Orte, wo Döhrling geschossen worden sei, Kühe gehütet, im Vorbeigehen gefragt, ob der Nummerträger schon vorbeigegangen sei, und derselbe sei, als Zeuge geantwortet, daß kurz vorher ein Mann vorbeigegangen, in der Richtung, wie der Vorangegangene, erst einige Schritte rasch fortgegangen und dann gelaufen;

in Erwägung, daß der Angeschuldigte auch gleich nach der Zeit der That auf dem Wege von dem Orte der That nach Lienau und Nachmittags von da nach Friedrichsruh zum Theil in verdächtiger Weise von zahlreichen, ebenfalls größtentheils beeidigten Zeugen gesehen worden ist;

in Erwägung sodann, daß mehrere auf ihren geleisteten Diensteid vernommene Hamburger Polizeiunterofficialen in den wesentlichen Puncten übereinstimmend ausgesagt haben, daß in demjenigen Wachlocale, in welches der Angeschuldigte am Abend des 2. August 1852 nach seiner Verhaftung gebracht worden ist, hinter einem Pfeller, an welchem derselbe vor seiner Visitation gesessen habe, ein mit Hagel geladenes Terzerol gefunden worden sei, welches nur von dem Angeschuldigten dahin gelegt sein könne, indem vor ihm an jenem Abend kein Arrestat in die bezeichnete Wache geführt worden sei, wohingegen Walther leugnet, dieses Terzerol gehabt zu haben;

in fernerer Erwägung, daß der Angeschuldigte, welcher sich nach der Aussage der Eheleute Ramm vom Sickerberger Kruge am 1. August 1852 aus deren Wohnung heimlich entfernt hat, ohne seine Zeche von 17 ß zu bezahlen, am Morgen des 2. August höchstwahrscheinlich ohne die zur Fortsetzung seines früher geführten liederlichen Lebenswandels erforderlichen Geldmittel gewesen ist, daß er aber bei dem von ihm verwundeten Fremden, den er für den Nummerträger Schmahl gehalten haben mag, eine Summe Geldes erwartet haben wird und daß diese Umstände um so mehr auf eine absichtliche Verwundung des Döhrling schließen lassen, als es in den Acten an jedem Grunde für die Annahme einer Verletzung aus Unvorsichtigkeit fehlt; sowie

in Erwägung, daß der Angeschuldigte, welcher nicht nur mehrmals wegen Diebstahls zur Strafe gezogen worden ist, sondern auch seinem Geständnisse zufolge seinem in ärmlichen Umständen lebenden Vater eine Summe von 107 ℔ Cour. und ein Bett unterschlagen und jene Summe, sowie das für das Bett gelöste Geld größtentheils auf eine leichtsinnige und liederliche Weise verschwendet hat, sich als einen Menschen darstellt, zu dem man sich der hier in Frage stehenden That wohl versehen kann, so daß die Ergebnisse der Untersuchung in ihrer Verbindung mit einander keinen begründeten Zweifel darüber zulassen, daß der Angeschuldigte den Zimmermann Döhrling mittelst einer Schußwaffe verwundet hat in der wohlüberlegten Ab-

ficht, demselben das bei ihm erwartete Geld zu entwenden;

daß, wenn gleich nicht erwiesen ist, daß der Angeschuldigte die bestimmte Absicht gehabt hat, den Zimmermann Döhrling zu tödten, so doch so viel klar vorliegt, daß er bei Verübung der That darüber nicht hat zweifelhaft sein können, daß seine Handlung den Tod des Döhrling zur Folge haben könne, daß mithin der Angeschuldigte sich des Versuchs eines Mordes schuldig gemacht hat, daß aber theils der Mangel einer bestimmten, auf den Tod des Angegriffenen gerichteten Absicht, theils die völlige Genesung des Verwundeten als strafmildernde Umstände in Betracht kommen;

in fernerer Erwägung, daß der Anbauer Benn bei Lienau eidlich ausgesagt hat, daß, als er am Nachmittage des 2. August 1852 nach Hause gekommen, eine Fensterscheibe seines Zimmers zerbrochen gewesen sei und in einem Koffer ein Beutel mit ungefähr 12 ℳ Cour., worunter ein Preußisches Vierzehnschillingsstück sich befunden, gefehlt habe, und daß der Angeschuldigte durch mehre Anzeichen überführt ist, während der Abwesenheit der Hausbewohner mittelst Einbruchs diese Summe entwandt zu haben, indem derselbe sich nach den beeidigten Aussagen der Zeugen J. H. Niemeier, Martens, Eheleute Fick und Fick jun. am gedachten Tage Morgens an verschiedenen Stellen in Lienau, nach der Aussage des Martens auch um die Zeit des muthmaaßlich begangenen Diebstahls in der unmittelbaren Nähe des Benn'schen Hauses in verdächtiger Weise hat betreten lassen, indem ferner der 9jährige Sohn des Bestohlenen behauptet, von dem Angeschuldigten Nachmittags von dem Hofplatze des väterlichen Hauses mit Drohungen verjagt worden zu sein und demnächst von einer benachbarten Koppel aus gesehen zu haben, daß der Angeschuldigte ein Fenster des Hauses zerbrochen und in dasselbe hineingereicht habe, indem nach der Zeit des Diebstahls die Eheleute Nähr und der Maurergeselle Prehn den Walther in Hamfelde und auf dem Wege nach Friedrichsruh gesehen haben, Erstere auch angeben, daß der Angeschuldigte bei ihnen ein Vierzehnschillingsstück und zwei Siebenschillingstücke (Preußische Münze) umgewechselt habe, und indem Walther zur Zeit seiner Verhaftung am Abend des 2. August sich im Besitze von 18 ℳ 11 β Cour. befunden, während er den rechtmäßigen Erwerb einer solchen Summe auf glaubhafte Weise nicht hat nachweisen können, wozu endlich noch die obenerwähnte als falsch erwiesene Behauptung desselben, daß er sich zu der fraglichen Zeit auf dem Wege von Kiel nach Altona befunden habe, hinzukommt;

in Erwägung sodann, daß der Angeschuldigte seinem Geständnisse zufolge bei seiner Entweichung aus dem Trittauer Gefängnisse einem Mitgefangenen einen Rock entwandt und eine wollene Decke aus seinem Gefängnisse mitgenommen, mithin unterschlagen hat;

in Erwägung, daß derselbe ferner seines Leugnens ungeachtet der Verübung eines Kuhdiebstahls für überführt zu erachten ist, da die beeidigten Aussagen der Ehefrau Lüdemann und der Nachtwächter Rathje und Pleiß in Wandsbeck in Verbindung mit dem von dem Angeschuldigten hierüber vor dem Wandsbecker Inspectorate abgelegten Geständnisse es außer Zweifel stellen, daß er und sein Genosse, der Mitangeschuldigte Lupmann, sich am 6. August 1853 bereits früh Morgens im Besitze der beiden dem Vogt Wagener in Papendorf, der beeidigten Aussage des Letzteren zufolge, in der vorhergegangenen Nacht vom Felde entwandten Kühe befunden haben, und die nahe Anzeige des unlegitimirten Besitzes der gestohlenen Kühe durch anderweitige Umstände, namentlich dadurch unterstützt wird, daß Walther diesen Besitz späterhin vor Gericht hartnäckig geleugnet hat; daß er ein Mensch ist, zu dem man sich der That sehr wohl versehen kann und daß Lupmann, mit welchem Walther zugleich aus dem Gefängniß entwichen ist und seitdem mehrere Tage zusammengelebt, außergerichtlich gestanden hat, die Kühe gestohlen zu haben; und

in schließlicher Erwägung, daß die obenerwähnte Unterschlagung einer Summe Geldes und eines Bettes nach Anleitung des Art. 165 der peinlichen Gerichtsordnung bei Bestimmung der Strafe deshalb nicht in Betracht kommt, weil der Verletzte, der Vater des Angeschuldigten, dem Letzteren diese Verbrechen verziehen und den Antrag gestellt hat, daß derselbe straflos gelassen werden möge,

der Angeschuldigte Claus Heinrich Walther aus Grönwold, Amts Trittau, wegen Versuchs eines Mordes, mehrfachen, zum Theil durch Einbruch und Einsteigen qualificirten Diebstahls, sowie wegen Unterschlagung zu zwanzigjähriger Zuchthausstrafe und zur Erstattung der ihn betreffenden Untersuchungskosten, soweit er des Vermögens, zu verurtheilen ist.

Das solchergestalt abzufassende Straferkenntniß ist dem Angeschuldigten zu verkündigen und das Erforderliche zur Vollstreckung desselben wahrzunehmen. Uebrigens bleibt es dem Obercriminalgericht überlassen, in Betreff der Bestrafung des Angeschuldigten wegen ungebührlichen Betragens vor Gericht das Erforderliche zu verfügen.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Oberappellationsgerichte zu Kiel, den 30. August 1854.

Allerhöchst privilegirte
Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

25. Stück. Den 23. Juni 1856.

Entscheidungen.

Beweiskraft des Geständnisses im Ehescheidungsproceß.

In Sachen des Claus Steffen in Schönhorst, Beklagten und Reconvenienten, jetzt Appellanten, wie auch Appellaten, wider seine Ehefrau Catharina Margaretha, geb. Bolz, c. c. in Flüggendorf, Klägerin und Reconventin, jetzt Appellatin, wie auch Appellantin, hauptsächlich wegen Ehescheidung, jetzt beiderseitiger Appellation gegen das Erkenntniß des Kieler Landconsistoriums vom 21. Decbr. v. J.;

ergeben die Acten:

In einer wider den Beklagten bei dem Kieler Landconsistorium erhobenen Ehescheidungsklage hat die Klägerin vorstellig gemacht: sie lebe seit ungefähr 9 Jahren mit ihrem Ehemann in einer unglücklichen Ehe. Das schon gelockerte Verhältniß sei aber vollends vernichtet worden, als derselbe sich mehr und mehr einer Neigung zu geistigen Getränken hingegeben und, im Zustande der Trunkenheit zu Excessen geneigt, die Klägerin zum Gegenstande von Mißhandlungen gemacht habe. Nachdem Letztere diesen Zustand Jahre lang ertragen, habe sie zuletzt ihr Leben und ihre Gesundheit in dem Grade bedroht gesehen, daß sie am 14. März v. J. entflohen sei und die Hülfe der Civilobrigkeit angerufen habe. Wie das angeschlossene Vernehmungsprotocoll ergebe, sei die Oppendorfer Gerichtshalterschaft Anfangs nicht gesonnen gewesen, ihren Anträgen Folge zu geben; die Art aber, wie der Beklagte während der Untersuchung sein früheres Benehmen noch gesteigert habe, seine eignen Geständnisse und das wachsende Gewicht der Zeugenaussagen hätten schließlich das Gericht bewogen, am 3. April v. J. mit Rücksicht auf die bevorstehende Scheidungsklage dem Beklagten die Rückkehr auf die Erbpachtsstelle der Klägerin zu untersagen. Nach solchen Vorgängen sehe nun die Klägerin sich genöthigt, gestützt auf die ihr Leben und ihre Gesundheit gefährdenden Mißhandlungen und Drohungen, denen sie von Seiten ihres Ehemannes ausgesetzt gewesen sei, die Trennung der Ehe zu beantragen. Sie hat sodann, unter Berufung auf das Vernehmungsprotocoll, namentlich angeführt, daß ihr Ehemann sie einmal habe würgen wollen und sie dabei so stark angefaßt, daß sie mehrere wunde Stellen am Halse davon getragen habe, daß er ein anderes Mal im vollen Zorne mit aufgehobenem Beile auf sie losgeeilt sei, so daß sie mit ihrem Kinde durch schleunige Flucht zu ihrer Schwiegerin sich habe retten müssen, daß derselbe später, indem er sich immer mehr der Trunkenheit ergeben, die Klägerin öfter so gemißhandelt, daß sie die Nachbarn habe zu Hülfe rufen müssen, indem er sie mehrfach bei den Haaren gefaßt und ihr auch oft solche ausgerissen, so daß ihr der Kopf geblutet, mit einem Eimer nach ihr geworfen, sie wiederholt gekniffen, heftig geschlagen und mit der Hand oder dem Fuß vor Brust und Leib gestoßen habe, daß er ihr endlich zu verschiedenen Malen mit einem Beile oder Messern oder dem Anzünden des Hauses gedroht und sehr oft gemeine Schimpfwörter gegen sie ausgestoßen habe. Klägerin hat schließlich die gänzliche Trennung der Ehe, unter Auferlegung einer einjährigen Wartezeit an sie, sowie die Verurtheilung des Beklagten zur Kostenerstattung beantragt.

Beklagter hat in seiner Exceptionsschrift erklärt: es wäre thöricht, wenn er Dasjenige, was durch die vor dem Oppendorfer Justitiariat wider ihn geführte Untersuchung theils in Folge eigenen Geständnisses, theils durch Zeugenaussagen gegen ihn ermittelt worden, in Abrede stellen wollte. Er wolle daher alles Dasjenige, was er in dieser Hinsicht schon vor der Civilobrigkeit eingestanden habe, wiederum einräumen und es namentlich zugeben, daß zu oft wiederholten Malen während des Zusammenlebens mit seiner Frau tumultuarische Auftritte vorgekommen seien, daß er in berauschtem Zustande, worin er sich leider nur zu oft befunden, sich wiederholt an seiner Frau thätlich vergriffen, ihr auch körperliche Mißhandlungen zugefügt habe, und da ein solcher Zustand keine Gränzen kenne, so könne es sein, daß diese Mißhandlungen zuweilen, wenn auch dem Beklagten unbewußt, dennoch einen für sie gefährlichen Character angenommen haben möchten. Indem Be-

klagter seine Vernehmlassung auf die vorstehenden factischen, mit dem gegen ihn producirten Gerichtsprotocoll übereinstimmenden Erklärungen beschränke, müsse er nur noch hervorheben, daß kein die **separatio matrimonii quoad vinculum** verbietender **mutuus consensus** beider Eheleute vorliege. Das eheliche Verhältniß zwischen der Klägerin und dem Beklagten existire nicht mehr, seitdem dasselbe durch das Erkenntniß des Justitiariates vom 3. April v. J. factisch aufgehoben worden, indem der Beklagte aus der Behausung seiner Ehefrau ausgewiesen worden sei. Unter solchen für beide Eheleute gleich traurigen Verhältnissen müsse Beklagter ohne bestimmten Widerspruch gegen den Antrag der Klägerin zum Erkenntniß submittiren. — Wenn aber das Consistorium Bedenken tragen sollte, auf den Antrag der Klägerin eine **separatio quoad vinculum** zu erkennen, so trete Beklagter gegen seine Ehefrau **reconveniendo** auf und beantrage eine definitive Scheidung der Ehe. Die Klägerin und Reconventin verweigere hartnäckig das Zusammenleben mit ihrem Ehemann, dem Reconvenienten, und sei in ihrer Renitenz so weit gegangen, daß sie durch ein Pönalmandat der Civilobrigkeit demselben das Zusammenleben mit ihr unmöglich gemacht habe. Die hartnäckige Renitenz des einen Ehegatten aber gebe anerkanntermaaßen dem andern das Recht, gegen den Renitenten aus diesem Grunde allein auf Ehescheidung zu klagen. Reconvenient beantrage daher, daß die seither zwischen ihm und seiner Ehefrau bestehende Ehe, unter Verurtheilung der Letzteren zur Erstattung der Proceßkosten, **quoad vinculum** getrennt, ihm auch die Wiederverheirathung nach Ablauf eines halben Jahres gestattet werden möge.

Nach stattgehabter mündlicher Verhandlung hat das Kieler Landconsistorium am 21. December v. J. für Recht erkannt: *)

könnte und würde Klägerin **salvis salvandis**, **in specie** der Eide und des Gegenbeweises, innerhalb Ordnungsfrist rechtlicher Art nach darthun und beweisen, daß der Beklagte sie, wie in der Klage angegeben, in lebensgefährlicher Weise gemißhandelt oder bedroht habe, so wird nach solchem geführten oder nicht geführten Beweise, jetzt unter Aussetzung des Kostenpunktes, demnächst weiter erkannt werden, was den Rechten gemäß ist.

Gegen dieses Erkenntniß haben beide Theile, unter Beobachtung der Formalien und Fristen, hierher appellirt und sich darüber beschwert:

Beklagter und Reconvenient, daß erkannt, wie geschehen, und nicht vielmehr in Folge der Reconvention des jetzigen Appellanten erkannt worden, daß die seither zwischen ihm und seiner Ehefrau bestehende Ehe **quoad vinculum** zu trennen, die Reconventin und jetzige Appellatin auch schuldig sei, die sämmtlichen Kosten dieses Processes, deren Verzeichnung und Ermäßigung vorbehältlich, zu bezahlen;

Klägerin und Reconventin, daß erkannt, wie geschehen, und nicht vielmehr dem Klagantrage gemäß die zwischen den Partieen bestehende Ehe, unter Verurtheilung des Beklagten zur Kostenerstattung, gänzlich aufgehoben worden ist; event. daß nicht mindestens mit Rücksicht auf das von dem Beklagten abgelegte Geständniß und die Aussagen der im Officialverfahren vernommenen Zeugen der Klägerin der Erfüllungseid zuerkannt worden ist.

Nach stattgehabter Appellationsverhandlung steht zur Frage: in wie weit die erhobenen Beschwerden für begründet zu erachten sind.

---

*) Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß Beklagter in seinen Exceptionalien eingeräumt, daß er die Klägerin in der Weise, wie er es vor dem Civilgericht bereits eingestanden und wie solches in einem von der Klägerin beigebrachten Extract aus dem Gerichtsprotocoll des adel. Guts Oppendorf näher enthalten sei, gemißhandelt;

in Erwägung, daß Beklagter reconveniendo vorgebracht hat, daß Klägerin ihren festen Willen, nicht mehr mit ihm zusammen zu leben, gezeigt habe, indem sie ein Mandat des Civilgerichts gegen ihn erwirkt, durch welches ihm verboten, in ihr Haus zu kommen, und diese ihre Renitenz ihn zur Klage auf Ehescheidung berechtige, womit er den Antrag verbindet, daß die Ehe zwischen den Partieen quoad vinculum aufgelöst und Klägerin in die Kosten verurtheilt werden möge;

in Erwägung jedoch, daß Beklagter vor dem Civilgericht, wie der Extract aus dem Gerichtsprotocoll des adel. Guts Oppendorf ergiebt, eingestanden hat, die Klägerin so gemißhandelt zu haben, daß das Gericht der Ansicht war, eine provisorische Maaßregel zum Schutze der Klägerin verfügen zu müssen, der Klägerin also hieraus kein Vorwurf gemacht werden kann und Beklagter daher mit seiner Reconvention nicht zu hören sein wird;

in Erwägung, daß das vorgedachte Geständniß des Beklagten zum Beweise der von der Klägerin vorgebrachten Thatsachen nicht genügen kann, ein Geständniß im Ehescheidungsprocesse vielmehr durch andere Umstände unterstützt sein muß, wenn es vollkommene Beweiskraft haben soll;

in Erwägung, daß freilich verschiedene, von dem Oppendorfer Justitiariate in einem gegen den Beklagten eingeleiteten Officialverfahren wegen Mißhandlung der Klägerin vernommene Zeugen ausgesagt haben, daß der Beklagte gegen die Klägerin einige der genannten Mißhandlungen sich habe zu Schulden kommen lassen und dieselbe mehrfach bedroht habe;

in Erwägung jedoch, daß diese Aussagen in dem vorliegenden Processe um so weniger Bedeutung haben können, weil die Zeugen nicht beeidigt sind, daß daher Klägerin einen besseren Beweis ihrer die Klage fundirenden Behauptung wird beibringen müssen.

In Erwägung nun, was zunächst die Beschwerden der Klägerin betrifft, daß von dem Beklagten hinreichende Thatsachen eingeräumt worden sind, um auf Grund der von ihm geübten Sävitien auf Scheidung zu erkennen, sofern nur dieselben als durch sein Geständniß zur Genüge erwiesen zu betrachten sind;

in Erwägung, daß aus dem Geständniß des Beklagten im Scheidungsprocesse alsdann der Beweis eines Scheidungsgrundes entnommen werden kann, wenn zu demselben anderweitige Momente unterstützend hinzutreten, welche den Verdacht einer unter den streitenden Ehegatten stattgehabten Collusion beseitigen;

in Erwägung, daß im vorliegenden Fall das von dem Beklagten abgelegte Geständniß eine solche ausreichende Unterstützung in den Zeugenaussagen findet, welche in dem der Klage angelegten Gerichtsprotocolle enthalten sind, indem die mangelnde Beeidigung derselben nicht in Betracht kommen kann, da es nicht um einen noch neben dem Geständnisse herstellig zu machenden Beweis, sondern um eine Unterstützung des Geständnisses sich handelt, da ferner die fraglichen Zeugen unter Hinweisung auf eine eventuelle künftige Beeidigung vernommen worden und ihre Aussagen dem Justitiariate so glaubhaft erschienen sind, daß es sich veranlaßt gesehen hat, auf Grund der stattgehabten Untersuchung dem Beklagten das Betreten der Erbpachtsstelle seiner Ehefrau zu verbieten; und

in Erwägung, daß, wenn solchemnach die hauptsächliche Beschwerde der Klägerin sich rechtfertigt, damit auch die von dem Beklagten erhobene Beschwerde, so weit sie auf Erwirkung der Scheidung gerichtet ist, ihre Erledigung findet, so weit aber mit derselben gefordert wird, daß die Klägerin zur Erstattung der sämmtlichen Kosten des Processes verurtheilt werde, als unbegründet sich darstellt, da dem Beklagten mit Rücksicht auf den gegen ihn erbrachten Beweis geübter Sävitien die Schuld an der Ehescheidung zur Last fällt, auch in der berechtigten und von dem Justitiariate als berechtigt anerkannten Weigerung der Klägerin, mit ihm das eheliche Leben fortzusetzen, eine hartnäckige Renitenz der Letzteren, welche ihm ein Recht gäbe, die Scheidung von ihr seinerseits zu fordern, nicht gefunden werden kann;

wird, auf eingelegte Recesse und eingereichte Unterinstanzacten, von Landoberconsistorialgerichtswegen hiedurch für Recht erkannt:

daß das angefochtene Erkenntniß des Kieler Landconsistoriums vom 21. Decbr. v. J. dahin abzuändern, daß die zwischen der Klägerin und dem Beklagten bestehende Ehe quoad vinculum zu trennen, der Klägerin auch die Wiederverheirathung nach Ablauf eines Jahres, dem Beklagten dagegen erst nach Ablauf von drei Jahren zu gestatten, Beklagter auch schuldig sei, der Klägerin die in der Unterinstanz ihr angeursachten Kosten, deren Verzeichnung und Ermäßigung vorbehältlich, binnen Ordnungsfrist zu erstatten, unter Vergleichung der Kosten dieser Instanz.

Wie denn solchergestalt hiedurch erkannt wird

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. **Publicatum** im Königl. Holsteinischen Landoberconsistorium zu Glückstadt, den 14. April 1856.

Criminalfälle.

Ueber die Bestrafung des verbotenen Wiederbetretens der hiesigen Lande.

Die älteren Verordnungen erwähnen der Landesräumung besonders mit Beziehung auf auswärtige Landstreicher und Bettler, gegen welche um die Mitte des vorigen Jahrhunderts, wo Betteln und Herumstreichen von verdorbenem fremden Gesindel sehr im Schwunge gewesen zu sein scheint, verschiedene strenge Verordnungen erlassen worden sind. So verfügt namentlich die s. g. Armenverordnung vom 7. Septbr. 1736, daß, wenn nach ihrer Erlassung ein fremder Bettler beim Betteln dennoch angetroffen würde, derselbe sogleich nach angestellter summarischer Untersuchung mit vier bis sechs Wochen Festungsarbeit bestraft, nachher zwar wieder losgelassen, jedoch die Urfehde und daß er sich hinführo des Bettelns in hiesigen Landen gänzlich enthalten wolle, abzuschwören solle angehalten und darauf mit dem Andeuten an die Gränze gebracht werden, daß, wenn er sich in hiesigen Landen wiederum bettelnd würde betreten lassen, er sodann ohne alle Verschonung zur wohlverdienten Strafe auf seine Lebenszeit ins Zuchthaus und bis zu dessen Erbauung **ad operas publicas** werde gebracht werden, welches denn auch auf diesen Fall sogleich zur Execution zu bringen sei. Aehnliche scharfe Bestimmungen resp. Einschärfung des früher Verfügten enthalten die Rescripte vom 29. Mai 1754 und vom 13. Mai 1763, sowie eine gemeinschaftliche Verordnung vom 16. August 1757; und noch die Großfürstliche Polizeiordnung vom 29. Januar 1768 will das Gesindel, welches sich der erhaltenen Warnung ungeachtet wieder einschleicht, wenn auch nicht mit lebenslänglicher, doch jedenfalls mit Zuchthausstrafe belegen.

Daß aber die Verfügung der Landesräumung nicht bloß auf Bettler und Vagabonden sich beschränkte, geht aus der Verordnung wegen besserer Einrichtung des Criminalprocesses vom 4. November 1754 hervor, worin bei Abschaffung der Strafe der Landesverweisung bemerkt wird, es sei dieselbe auf die bloße Landesräumung nicht zu deuten, welche den herumstreifenden Zigeunern, Juden und anderem Bettelgesindel, auch überhaupt solchen Personen, die nicht Unterthanen, sondern aus der Fremde seien, nach ausgestandener

Strafe oder, wenn auf sie außer einer bösen Vermuthung nichts zu bringen sei, mit oder ohne Leistung der Urfehde aufgelegt werde, vielmehr habe es solcherwegen bei der Armenverordnung von Anno 1736 und der bisherigen Praxis sein Verbleiben. Wie es aber in dem zuletzt hier erwähnten Fall mit der Bedrohung für den Fall des Wiederbetretens der hiesigen Lande und der Bestrafung, wenn solches desungeachtet erfolgt war, verhalten wurde, ist schwer zu ermitteln; die vorerwähnten strengen Bestimmungen gegen den Bruch der Landesräumung von Seiten der Vagabonden und Bettler konnten auf den Fall, wo ein Ausländer, der weder Vagabond noch Bettler war, das Land hatte räumen müssen, nicht ohne Weiteres Anwendung finden. Wahrscheinlich wird sich die Sache so gemacht haben, daß man regelmäßig den Ausländer, welcher entweder nach überstandener Strafe oder auch nur der bloßen bösen Vermuthung wegen aus dem Lande gewiesen wurde, die Urfehde sowohl **de non ulciscendo**, wie **de non redeundo** abschwören ließ; war dies aber geschehen, so traf denselben, wenn er nichts desto weniger das hiesige Land wieder betrat, die Strafe des Bruchs der beschworenen Urfehde, und man war auf diese Weise wenigstens indirect gegen seine Rückkehr gesichert. Wie es derzeit in den gewiß seltenen, aber in der Verordnung von 1754 doch angedeuteten Fällen, wo keine Urfehde geleistet war, verhalten worden, ist nicht wohl nachzuweisen; es ist zu vermuthen oder eigentlich mehr aus dem später üblichen Verfahren zu schließen, daß man nach damaliger strengeren Anschauung jedenfalls eine temporaire Zuchthausstrafe dem Wiederbetreten der hiesigen Lande, welches doch immer als ein Polizeivergehen sich darstellte, gedroht haben wird. In den bisher dargelegten Grundsätzen ward zwar durch die Eidesverordnung vom 11. Decbr. 1758 noch nichts geändert, denn wenn diese auch die eidliche Leistung der Urfehde aufhob, verfügt sie doch, daß diejenigen, welche eine durch Handgelöbniß geleistete Urfehde brächen, mit einer eben so harten Strafe, als wenn sie dieselbe beschworen hätten, belegt werden sollten. Später aber ist die Urfehde auch im Vaterlande außer Gebrauch gekommen, und von nun an konnte in dem Uebertreten des Gebotes der Landesräumung nicht mehr das schwerere Verbrechen der verletzten Eidespflicht, sondern nur, da die Landesräumung eine rein polizeiliche Maaßregel ist, ein Vergehen gegen die Polizeigewalt des Staates bestraft werden, nach welchem Gesichtspunkt denn auch die Androhung der im Uebertretungsfall zu verhängenden Strafen sich bemessen mußte. Bei dem Nichtvorhandensein eines mit diesem Gegenstande (abgesehen von dem speciellen Falle der Bettler und Vagabonden) sich beschäftigenden Gesetzes war der Praxis die Gestaltung des Ganzen überlassen, und es ist sehr erklärlich, daß sich viele Verschiedenheit der zur Anwendung gebrachten Grundsätze kund gegeben hat, daß bald bei Ausführung der Landesräumung eine bestimmte Strafe gedroht, bald nicht gedroht, daß bei Uebertretung des Verbotes bald Zuchthaus-, bald nur Gefängnißstrafe erkannt, und selbst wo dieses Letztere der Fall war, nicht einmal immer Zuchthausstrafe, sondern nur ganz allgemein eine härtere Strafe für den Wiederholungsfall angedroht worden ist. Es ist namentlich noch in den ersten Jahren nach Einrichtung des Königl. Holsteinischen Obergerichts verschieden in dieser Beziehung verhalten worden, wie dies die im obergerichtlichen Archiv befindlichen Acten ergeben; auch enthalten die Schleswig-Holsteinischen Anzeigen vom Jahre 1838 im 18. Stück bei Mittheilung des Circulairs der Schleswig-Holsteinischen Regierung vom 2. April 1838, betreffend den Transport der nach abgehaltener Zuchthausstrafe zur Landesräumung verurtheilten Verbrecher, die Bemerkung, daß das Wiederbetreten der hiesigen Lande nach verfügter Landesräumung seither mit gänzlich arbitrairen Strafen und eben so oft mit Gefängniß-, wie mit Zuchthausstrafe belegt worden sei. Nach Erlassung jenes Circulairs aber (welches bekanntlich verfügt, daß, wie die Criminalgerichte die zur Landesräumung verurtheilten Verbrecher bei Publication des Straferkenntnisses zu verwarnen hätten, die hiesigen Lande bei Vermeidung von Zuchthausstrafe nicht wieder zu betreten, so auch die Oberinspection der Strafanstalten dafür zu sorgen habe, daß solche Verbrecher bei ihrer Entlassung aus den Strafanstalten auf die Folgen ihrer Rückkehr in die hiesigen Lande nochmals aufmerksam gemacht würden) ist hierin eine Aenderung erfolgt. Es war schon in der eben angeführten Stelle der Schleswig-Holsteinischen Anzeigen die Ansicht ausgesprochen, daß, nach der Verfügung des Circulairs, daß die Verbrecher gewarnt werden sollten, bei Vermeidung der Zuchthausstrafe das Land wieder zu betreten, nunmehr, wenn diese Warnung oder Drohung keine leere sein sollte, immer eine temporaire Zuchthausstrafe wider Diejenigen zu erkennen sein werde, welche, nachdem sie zur Landesräumung verurtheilt und aus dem Lande transportirt worden, dasselbe vorsätzlich wieder beträten; und es hat sich in der That das Holsteinische Obercriminalgericht, während die Untergerichte nicht immer diesem Grundsatz gefolgt sind, durch die mehrerwähnte Bestimmung des Circulairs, welches in Gemäßheit Allerhöchster Resolution erlassen worden war, für gebunden erachtet, beim Bruch der Landesräumung die angedrohte Zuchthausstrafe zur Anwendung zu bringen, bis es sich in einem im Anfang des vorigen Jahres vorgekommenen Fall mit Rücksicht auf die obwaltenden besonderen Verhältnisse berechtigt hielt, statt der angedrohten Zuchthausstrafe eine durch körperliche Züchtigung geschärfte Gefängnißstrafe zu erkennen.

(Der Beschluß folgt.)

Allerhöchst privilegirte
Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Henrici *und* Lucht.
Gedruckt bei Augustin *in Glückstadt.*

26. Stück. Den 30. Juni 1856.

Entscheidungen.

Ueber die Grundsätze, nach welchen im Fall der Ansegelung von Schiffen, namentlich auch nach Lübschem Rechte, Schadensersatz zu leisten ist.

In Sachen des Schiffscapitains Hein Breckwoldt aus Blankenese, führend den Schooner „Immanuel", Beklagten und Appellanten, wider die **North of Europe Steam Navigation Company** in Lowestoft, Klägerin und Appellatin, wegen Schadensersatzes s. w. d. a., jetzt gegen das Erkenntniß der Pinneberger Landdrostei vom 14. Juni v. J.,

ergeben die Acten:

Die rubricirte Compagnie hat klagend vorstellig gemacht: Am 19. Febr. v. J., Nachmittags 3 Uhr, sei eins ihrer Dampfschiffe, „Royal Victoria", Capitain Rivers, um Schutz gegen den Eisgang zu suchen, in den Glückstädter Hafen eingelaufen, habe aber, da der Hafen ebenfalls gedrängt voll Eis gewesen, im Eingange an der Südermole liegen bleiben müssen und sei dort vertaut worden. Etwa anderthalb Stunden später habe der Beklagte denselben Hafen gesucht, wobei derselbe jedoch, mit beigesetzten vollen Segeln hart im rechten Winkel an der Nordermole einbiegend, gegen das Dampfschiff „Royal Victoria" angerannt sei und demselben die auf 167 ℛ 54 β R.=M. taxirten Beschädigungen verursacht habe.

Das Verfahren des Beklagten sei augenscheinlich leichtfertig gewesen, da ein solches Forciren des Hafens, der an seiner Mündung nur 150 Fuß breit und an der Südermole fast zur Hälfte seiner Breite von dem Dampfschiffe der Klägerin eingenommen gewesen sei, von vorne herein die Gefahr des Anstoßens mit sich gebracht habe.

Klägerin bat, den Beklagten zum Ersatz des erwähnten Schadens, imgleichen zur Erstattung von 16 ℛ 43 β R.=M. Protestkosten zu verurtheilen, **ref. exp.**

Beklagter räumte ein, daß er am 19. Febr. beim Einlaufen in den Glückstädter Hafen das Dampfschiff „Royal Victoria" gestoßen und beschädigt habe. Den Betrag des Schadens wisse er nicht, habe ebenfalls seinerseits an seinem Schiffe Beschädigungen erlitten. Es ward sodann vorgestellt, daß das Dampfschiff „Royal Victoria", welches vor Eintritt der Fluth den Nothhafen zu erreichen getrachtet, ohne einen gehörigen Liegeplatz zu erreichen, vorne in der Mündung des Hafens liegen geblieben sei und dadurch selber die Gefahr des Zusammenstoßens herbeigeführt habe. Jedem Andern stehe das gleiche Recht auf Benutzung des Nothhafens zu und habe ein später ankommendes Schiff nicht auf den Nothhafen zu verzichten gebraucht, um nur mit dem Schiffe der Klägerin nicht in Collision zu kommen. Wenn Beklagter nicht mit Benutzung der Fluth und voller Segelkraft die Bucht in den Hafen zu gewinnen gewußt hätte, so würde er den Hafen vorbeigetrieben und sein Schiff vom Eise zerschnitten worden sein. Er habe in eigener Noth zur Rettung von Schiff und Ladung so handeln müssen, als er gethan, und so wie einerseits deshalb sein Verfahren ihm als ein schuldbares nicht imputirt werden könne, so habe andererseits der Capitain Rivers das Risico eines Zusammenstoßens mit anderen Schiffen dadurch auf sich genommen, daß er sein Schiff in die Mündung des Nothhafens hingesetzt. Hiernach könne von einem **damno injuria dato** nicht die Rede sein, und eine Verpflichtung des Beklagten zum Schadensersatze **ex lege Aquilia** den factischen Verhältnissen nach nicht hergeleitet werden.

Uebrigens sei aber auch nach seerechtlichen Grundsätzen die Lehre der **lex Aquilia** auf das Zusammenstoßen von Schiffen gar nicht anzuwenden, vielmehr werde der Regel nach der beiderseitige Schaden entweder zur Hälfte oder im Verhältnisse des Werthes von Schiff und Ladung über beide Theile repartirt. Nur wenn Einer den Schaden mit Wissen und Willen angestiftet, werde einseitige Ersatzpflicht angenommen. Es ist demnach, unter Beifügung der Verklarung des Beklagten und seiner Mannschaft, aus welcher sich die Richtigkeit der factischen Anführungen des Beklagten sofort ergeben werde, um Abweisung der Klägerin **ref. exp.** gebeten und eventueller Antrag auf Repartition des Schadens, der für Beklagtens Schiff sich auf 255 ℛ 15 ß R.=M. belaufen habe, vorbehalten.

Nachdem **extra protocollum** re= und duplicirt und **in replicis** nur noch speciell der Beweiskraft der Verklarung widersprochen worden, hat die Pinneberger Landdrostei unterm 14. Juni v. J. erkannt: *)

könnten und würden 2c.

1) die Kläger,
   daß der durch das Ansegeln des Schooners „Immanuel" dem Dampfschiffe „Royal Victoria" **c. pert.** am 19. Febr. d. J. zugefügte Schaden sich auf 167 ℛ 54 ß, **event.** wie viel weniger belaufe;
2) Beklagter,
   daß beim Einlaufen des Schooners „Immanuel" in den Glückstädter Hafen, und zwar von der Zeit an, als der Beklagte von der Lage des Dampfschiffes „Royal Victoria" Kunde erhielt, er dies Ansegeln an dasselbe, ohne die Sicherheit seines eigenen Schiffes zu gefährden, nicht verhindern konnte,

so würde 2c. weiter ergehen, was den Rechten gemäß ist.

Gegen dies Erkenntniß hat Beklagter anhero appellirt und nach Wahrnehmung der Solennien seine Beschwerden dahin formulirt:

1) daß, wie geschehen, auf Beweis erkannt und
2) nicht vielmehr die Kläger sofort **pure** mit ihrer Klage ab= und zur Ruhe verwiesen, unter Verurtheilung in die Proceßkosten, **event.**
3) daß nicht den Klägern zu beweisen auferlegt worden, daß Beklagter mit Willen oder mit Vorsatz das klägerische Dampfschiff „Royal Victoria" angesegelt, oder doch das Ansegeln **qu.** (wie die Klage behauptet) sehr grober oder doch unverantwortlicher Weise verschuldet habe, **in omnem event.**
4) daß nicht ein anderweitiger, der Sachlage und den Acten entsprechender Beweis den Klägern und **event.** dem Beklagten auferlegt ist.

Es steht demnach in Frage, ob die Klage begründet oder bereits elidirt ist, **event.** ob die Beweise beantragtermaaßen abzuändern seien.

In Erwägung nun, daß weder das Römische Recht, als die nächste Quelle des gemeinen Seerechts, noch das rücksichtlich des Ortes, wo die hier fragliche **obligatio ex delicto** entstanden sein soll, in Betracht kommende Localstatut des Lübschen Rechtes bestimmter Vorschriften über die Verpflichtung zum Schadens=

*) Entscheidungsgründe:

Das gemeine Seerecht, welches sich aus den gleichmäßigen Bestimmungen der Seerechte der verschiedenen Staaten und aus der Beobachtung übereinstimmender Grundsätze in der geschäftlichen Praxis und bei verschiedenen Gerichten gebildet hat, kann für Staaten oder Ländertheile, welche ein eigenes Seerecht nicht besitzen, nur in so weit zur Anwendung kommen, als es entweder sich auf rechtliche Verhältnisse bezieht, welche das Gesetzesrecht dieses Staates nicht kennt, oder eine Weiterbildung des Gesetzesrechts enthält, nicht aber auf Fälle, für welche das bestehende geschriebene Recht eine bestimmte anderweitige Norm vorschreibt.

Für den vorliegenden Fall nun, wo es sich nicht um die Beschädigung handelt, welche zwei im Segeln begriffene Schiffe einander zugefügt haben, sondern um eine Beschädigung, welche ein ansegelndes Schiff einem vor Anker liegenden verursacht hat, bestimmen die Pandecten ausdrücklich,

ad leg. aquil. fr. 29 § 2,

daß der Führer des den Schaden zufügenden Schiffes ihn zu ersetzen habe, es sei denn, daß es nicht in seiner Macht gestanden, denselben abzuwenden.

Demnach wird auch dem Beklagten der Beweis aufzuerlegen sein, daß ein **casus** die Beschädigung veranlaßt habe.

Der Beklagte hat diesen Beweis durch Induction der Verklarung **anticipando** zu führen versucht. — Von den Klägern ist aber schon bei der mündlichen Verhandlung darauf aufmerksam gemacht, daß die bei dieser Verklarung interessirten Kläger zur Aufnahme derselben nicht adcitirt seien, und es geht eben so wenig dieser Umstand aus dem Documente hervor, wie die Observirung anderer Vorschriften, welche die Verordnung vom 18. Mai 1828 ergiebt.

Der Werth des Documents wird daher erst näher zu ermitteln und zu beurtheilen und solchemnach ein Beweisverfahren einzuleiten sein. Die angegebene Größe des Schadens wird, da sie von dem Beklagten **nesc.** in Abrede gestellt wird, dem Kläger zum Beweise zu verstellen sein.

ersatz für Ansegelung entbehren, vielmehr das erstere in **l. 29 § 2 D. ad leg. Aquil.** 9, 2 und das letztere in **Lib. VI. tit.** 4 Art. 3 übereinstimmend denjenigen, welcher durch Ansegeln Schaden thut, zum vollen Ersatze verpflichten, wenn ihm dabei auch nur die geringste **culpa** zur Last fällt, oder wenn er irgend in der Lage gewesen, das Ansegeln vermeiden zu können;

in Erwägung, daß im vorliegenden Falle actenmäßig constirt, daß das Dampfschiff „Royal Victoria" bei der Südermole vertaut lag, als der Beklagte mit vollen Segeln in die enge Mündung des Hafens hineinsteuerte, ein Beginnen, welches mit der selbstverständlichen und durch die Instruction für den Hafenmeister in Glückstadt vom 18. Novbr. 1751 § 13 annoch speciell eingeschärften Verpflichtung der Schiffer, beim Ein- und Ausholen sich Einer nach dem Andern zu accomodiren, nicht vereinbar erscheint;

in Erwägung daher, daß **ex evidentia facti** die Annahme einer stattgehabten Verschuldung des Beklagten bei dem Ansegeln des Dampfschiffes der Klägerin begründet zu erachten und der Versuch des Beklagten, den Capitain Rivers als **in propria culpa** versirend darzustellen, verfehlt ist, weil nicht nur nicht vom Beklagten hat behauptet werden können, daß es dem gedachten Capitain Rivers möglich gewesen sei, vor dem Hinzukommen des Beklagten weiter in den Hafen hinaufzuholen, sondern auch eingeräumt ist, daß derselbe sein Schiff an der einen Seite der Hafenmündung festgemacht, mithin zum Hineinholen in den Hafen für Andere Raum gelassen hatte;

in Erwägung, daß der dem Beklagten freizulassende Beweis der **vis major** durch die von ihm beigebrachte Verklarung schon darum nicht hat hergestellt werden können, weil der Beklagte wegen verspäteter Veranstaltung derselben nach § 3 der Verordnung vom 13. Mai 1828 das Recht verloren hat, sich auf dieselbe als Beweismittel zu berufen, woneben es freilich nach Lage der Sache nicht mehr berücksichtigt werden darf, daß der **event.** erbrachte Gegenbeweis nur den halben Klaganspruch zu elidiren vermocht haben würde, da das **judicium a quo** einmal auf Grundlage des Römischen Rechts unangefochtenermaaßen angenommen hat, daß auch in diesem Falle der ganze Ersatzanspruch durch den Beweis des **casus** elidirbar sei, und die Vorschrift des Lübschen Stadtrechts a. a. O., zufolge deren, selbst bei nicht obwaltender **culpa**, der einseitig Ansegelnde dennoch auch an dem **casus** participiren und den gestifteten Schaden zur Hälfte erstatten soll, nicht für anwendbar erachtet hat;

in Erwägung, daß hienach Klägerin **fundatam et probatam intentionem** für sich hat, mithin von der Auferlegung anderer klägerischer Beweise, als derjenigen über die **nesciendo** in Abrede gestellte Größe des Schadens, nicht die Rede sein kann, endlich die in der letzten Beschwerde **event.** anheimgegebene Abänderung des dem Beklagten freigelassenen Beweises, da es völlig unklar geblieben, in wie fern der Beklagte annoch eine günstigere Fassung desselben sich gedacht habe, wegen Dunkelheit keine Berücksichtigung verdient,

wird, auf eingelegte Unterinstanzacten und Recesse, sowie nach stattgehabter mündlicher Verhandlung, von Obergerichtswegen für Recht erkannt:

> daß **sententia a qua** der Königl. Pinneberger Landdrostei vom 14. Juni v. J. **pure** zu confirmiren und **ad exequendum** zu remittiren, unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten der Appellationsinstanz.

Wie denn solchergestalt hierdurch erkannt wird

V. R. W.

Urkundlich rc. **Publicatum** im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 29. März 1855.

Criminalfälle.

Ueber die Bestrafung des verbotenen Wiederbetretens der hiesigen Lande.

(Beschluß.)

Ein schon vielfach im hiesigen Lande polizeilich bestrafter und namentlich auch wegen verbotenen Wiederbetretens der hiesigen Lande bereits dreimal mit Zuchthausstrafe belegter Vagabonde Peter Friedrich Marcus Meier aus Hamburg hatte sich kurz nach erfolgter Entlassung aus den Strafanstalten wieder in Altona betreten lassen und erklärte in der deshalb eingeleiteten Untersuchung geradezu: „er habe nicht gewußt, wohin er sich wenden solle, denn ins Hamburger Arbeitshaus habe er nicht gewollt. Daher habe er beschlossen, sich nach Altona zu begeben, um wieder ins Zuchthaus zu kommen. Er ziehe dies dem Arbeitshause vor, denn theils sei die Beköstigung dort viel besser, theils werde auch noch Ueberverdienst bezahlt, was in Hamburg nicht der Fall sei." Bei dieser offenen Erklärung des Inculpaten lag es vor Augen, daß eine züchtliche Haft ihn nicht als Strafe treffen würde, welche Rücksicht denn zur Substituirung des erwähnten entsprechenden Strafübels führte.

Zugleich aber gab dieser Fall dem Obercriminalgerichte Veranlassung, beim Königl. Ministerium eine Abänderung des Circulairs vom 2. April 1838 zu beantragen, worauf die in dem 7. Stück des diesjährigen Gesetz- und Ministerialblatts abgedruckte, jenes Circulair interpretirende Bekanntmachung vom 12. Febr. d. J., betreffend die Bestrafung der wegen Wiederbetretung der hiesigen Lande in Untersuchung gezogener Ausländer, erlassen worden ist.

Bevor noch diese Bekanntmachung erfolgte, war gegen ein obercriminalgerichtliches Straferkenntniß, in welchem in einem dem vorerwähnten ähnlichen Fall ebenfalls der Zuchthausstrafe eine durch körperliche Züchtigung geschärfte Gefängnißstrafe substituirt war, von dem betreffenden Inculpaten an das Königl. Oberappellationsgericht supplicirt und von diesem der nachstehende, mit der später ergangenen Ministerialbekanntmachung übereinstimmende Bescheid abgegeben worden:

Namens Sr. Königl. Majestät.

Auf die mittelst Berichts des Wandsbecker Justitiariats vom 28./29. v. M. anhero eingesandte Supplicationsschrift des Inculpaten Johann Friedrich Heinrich Schultz aus Güstrow, wider das ihn wegen abermaligen Bruchs der Landesräumung zu viermal fünftägiger Gefängnißstrafe bei Wasser und Brot, sowie zu einer körperlichen Züchtigung von jedesmal zwölf Hieben zu Anfang und Ende der Strafhaft verurtheilende, vom Holsteinischen Obercriminalgerichte normirte Erkenntniß des Wandsbecker Justitiariats vom 21. Novbr. v. J.,

wird,

in Erwägung, daß die vorher arbitrair gewesene Strafe des Bruchs der Landesräumung durch das Circulair der vormaligen Schleswig-Holsteinischen Regierung vom 2. April 1838 nicht verändert worden ist, indem dieses allerdings auf einer Allerhöchsten Resolution beruhende Circulair nicht ausdrücklich vorgeschrieben hat, der Bruch der Landesräumung solle allemal mit Zuchthaus bestraft werden, und die im passus 4 enthaltene Vorschrift an das Oberinspectorat der Strafanstalten, den aus dem Lande fortzuschaffenden Sträfling zuvor nochmals auf die für den Fall der Rückkehr zu gewärtigende Zuchthausstrafe hinzuweisen, gleichwie der erkennende Richter schon vorher diese Warnung auszusprechen habe, zwar den Fall einer anderweitigen, dem bestehenden Strafrechte gemäß dem Richter freistehenden Strafdrohung nicht bedacht, keineswegs aber das freie, an vorgängige richterliche Androhung nicht gebundene richterliche Ermessen beim Erkennen der Strafe ausgeschlossen hat, wie denn insbesondere noch aus folgenden Gründen deutlich hervorgeht, daß eine Abänderung des bestehenden Strafrechts nicht in der Allerhöchsten Absicht gelegen habe, nämlich

1) weil es ungewöhnlich gewesen wäre, eine neue gesetzliche Strafbestimmung bloß beiläufig in eine Verfügung aufzunehmen, die sich im Eingange, wie in der Ueberschrift lediglich als Anordnung über die Vollziehung einer bestehenden gesetzlichen Strafe ankündigte;
2) weil im passus 1 des Circulairs rücksichtlich der Erkennung der Landesräumung ausdrücklich auf die bestehenden Gesetze Bezug genommen wird;
3) weil anzunehmen, daß die Einholung des Gutachtens der Stände nicht unterblieben sein würde, sofern eine Abänderung des bestehenden Strafrechtes beabsichtigt gewesen wäre;

in Erwägung, daß es strafrechtlich nicht darauf ankommt, ob der Inculpat das ihm bevorstehende specielle Strafübel im Voraus gekannt habe oder nicht, vielmehr in solcher Hinsicht das im vorliegenden Falle unzweifelhaft vorhanden gewesene Bewußtsein genügt, daß die unternommene Handlung eine strafbare sei;

in Erwägung, daß die dem Inculpaten im Erkenntnisse der Pinneberger Landdrostei vom 26. Juli 1853 gemachte Androhung, welche nach Fundamentalgrundsätzen des Criminalprocesses weder rechtskräftig geworden, noch sonst als formelles Recht Berücksichtigung erheischt, vielmehr nur die Bedeutung einer Warnung des Inculpaten hat, die selbstständige richterliche Beurtheilung des nachfolgenden Vergehens nicht hat beschränken können;

in endlicher Erwägung, daß das erkannte Strafübel dem Vergehen desselben und seiner alles sittlichen Werthes ermangelnden Persönlichkeit angemessen erscheint, hiedurch dem Supplicanten

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Die Kostenrechnung des Defensors passirt angesetztermaaßen mit 8 ℳ 64 β R.-M.

Urkundlich 2c. Gegeben im Königl. Oberappellationsgerichte zu Kiel, den 30. Januar 1856.

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

27. Stück. Den 7. Juli 1856.

Das Beweismittel des Schiedeseides.

Nach den Grundsätzen inländischer Praxis.

Von dem Herrn Advocaten Ipsen in Neumünster.

Die Wichtigkeit des Gerichtsgebrauches für die innere Ausbildung des Proceßrechtes pflegt von Lehrbüchern, wie Lehrern des Processes in gebührender Weise hervorgehoben zu werden. Aus solchen Versicherungen läßt sich aber noch keine lebendige Vorstellung schöpfen von dieser Wichtigkeit. Erst der Einblick in die Praxis selber kann auch ihre Bedeutsamkeit für das Proceßrecht lehren; und hierzu geben die nunmehr nahe an 20 Jahren erschienenen „Anzeigen," welche in den mitgetheilten practischen Rechtsfällen ein reiches Material bieten, die günstigste Gelegenheit. Ich gebe in Nachstehendem die Grundsätze, welche die inländische Praxis beim Beweismittel des Schiedeseides befolgt.

§ 1.

Bedeutung und Wesen des Schiedeseides. Das Gebiet seiner Anwendung.

Die Basis des Schiedeseides, wie des Eides überhaupt, ist seine religiöse Beziehung: die Anrufung des höchsten Wesens als Zeugen der Wahrheit dessen, was beschworen wird, und als strafenden Richters, wenn der Eidesleistende etwa wissentlich Unwahres als wahr betheuern sollte. In formeller Beziehung ist der Eid, somit auch der Schiedeseid, für uns lediglich nur noch ein Beweismittel; außergerichtliche Eide sind nach § 14 der Eidesverordnung vom 11. Decbr. 1758 durchaus verboten. In materieller Beziehung ist der Schiedeseid ein Vergleich, und dies Moment unterscheidet ihn vorzugsweise von den übrigen Arten des Eides. Es wird sich nun zeigen, wie diese drei Momente gegenseitig auf einander influenziren; wie namentlich das religiöse Moment manche bei andern Beweismitteln überflüssige Vorkehrungen nöthig macht, ohne daß dadurch das Gebiet der Moral dem des Rechts in unzulässiger Weise substituirt würde; wie ferner die Vergleichsnatur des Schiedeseides mannigfach durch den Umstand, daß dieser nur noch Beweismittel in judicio ist, beschränkt, aber keineswegs unterdrückt worden; wie endlich der heutige Character dieses Eides als eines Beweismittels ein bestimmtes Verfahren dem Richter, wie den Parteien vorschreibt, aber dieses Verfahren eben wieder unter Berücksichtigung der beiden andern Momente bestimmt ist. Uebrigens werden — was hier gleich bemerkt sein mag — Aeußerungen in den Anzeigen, die sich auf andere Eide beziehen, auch für den Schiedeseid hier unbedenklich benutzt werden können, sofern solche Aeußerungen die dem Eide überhaupt wesentlichen Momente betreffen.

Daß eine Eidesleistung, bezüglich der Constatirung der Wahrheit, immer etwas Precaires hat, läßt sich nicht leugnen. Während durch Augenschein, Documente, Zeugen u. s. w. die Wahrheit auf objectivem Wege, d. h. unabhängig von dem Zuthun der streitenden Parteien, dargethan wird, soll diese Wahrheit bei der Eidesleistung auf subjectivem Wege, d. h. durch die einseitige Behauptung der Partei, hergestellt werden. Eine solche Betheuerung, selbst in der feierlichsten Form gegeben, gewährt an und für sich dem urtheilenden Richter positive Gewißheit nicht. Der Nachweis des Meineides bleibt immer möglich und der Gegenpartei vorbehalten. Hierin nun, möchte man meinen, läge ein ausreichendes Motiv, den Eid überhaupt erst dann für zulässig zu erklären, wenn für die durch denselben zu erweisende Behauptung auf anderweitigem Wege einige Wahrscheinlichkeit gewonnen wäre. Die Bedeutsamkeit dieser Forderung ist nicht verkannt; allein ihr ist auch schon vollkommen Genüge geschehen in der Zulassung des richterlichen Eides. Für den Schiedeseid würde eine nur subsidiaire Zulassung zu den größten Inconvenienzen führen, da der

Richter, ohne in das Gebiet des Nothеides zu gerathen, die Zulassung oder Nichtzulassung nur nach den trügerischsten Indicien bemessen könnte und hiergegen doch immer der tief religiöse Zug im menschlichen Character und die Bedeutung des diesen Zug recht eigentlich erfassenden Eides mit überwiegender Schwere ins Gewicht fallen würden, abgesehen davon, daß anders auch von einer Vergleichsnatur des Schiedeseides kaum mehr die Rede würde sein können. Es ist daher auch unumwunden von unsern Gerichten ausgesprochen, „daß die Eidesleistung weder nach heutigem Rechte, noch nach der hiesigen Praxis ein bloß subsidiaires Beweismittel sei, auch die Eidesverordnung vom 11. Decbr. 1758 keine desfällige Vorschrift enthalte." (Anz. 1837, S. 90.) Auch nicht die Verfügung vom 25. April 1794 (über deren heutige Bedeutung s. unten) statuirt eine „eigenthümlich subsidiaire" Natur des Schiedeseides, wie **Francke**, Proceß, **I**, § 172 N. 1, äußert. Wohl aber hat das Rescript vom 3. Decbr. 1768 eine solche unzweifelhaft angeordnet, wenn es dem Gebrauch des Eides, um die **exceptio plurium concumbentium** zu erhärten, von der Bedingung abhängig macht, daß der Beklagte „solche Umstände anführe, und auf einige Art bescheiniget — woraus ein ziemlicher Verdacht wider die Klägerin entstehet." (Vgl. Anz. 1841, S. 201 ff.) Heut zu Tage scheint man das Wort „und" im Rescript in dem Sinne von „oder" aufzufassen und fordert demnach nur, daß die gedachte Einrede durch Anführung näherer Umstände begründet werde. (Anz. 1848, S. 23; 1852, S. 195.) Und selbst in dieser Forderung scheint man nicht allzu streng zu sein (Anz. 1852, S. 196, O. A. G.). Demnach kann auch in dieser Hinsicht heut zu Tage nicht mehr von einer Subsidiarität des Eides die Rede sein. Der durchaus freie Gebrauch dieses Beweismittels tritt namentlich da hervor, wo das Vorhandensein anderer Beweismittel wahrscheinlich erscheint, noch mehr da, wo aus vorhandenen Umständen sich einige Wahrscheinlichkeit für das Gegentheil des zu Beschwörenden ergiebt. Einige Beispiele werden dies erläutern. In dem schon erwähnten Fall (Anz. 1837, S. 90) hatte Kläger seinen Klagantrag auf ein Uebertragungs- und Abnehmungsinstrument seiner Halbhufe gestützt, und demgemäß ward ihm zu erweisen auferlegt, daß Beklagter ihm die libellirte Summe aus diesem Instrumente schuldig. Kläger deferirte den Schiedeseid, Beklagter bestritt dessen Zulässigkeit, weil jener aus dem Uebertragungscontracte beweisen müsse. Allein das Holsteinische Obergericht entschied, „daß der Beweisführer freie Wahl der Beweismittel (einschließlich des Schiedeseides) habe, durch den Richter auch diese Wahl nicht beschränkt werden könne, noch durch das erwähnte Interlocut beschränkt worden sei." Ferner: Der Product kann durch Gegenbeweis die Wirkung des mit andern Beweismitteln versuchten Beweises mehr oder weniger schwächen. Die Eidesdelation aber kann er nur durch mittelst Gewissensvertretung vollständig geführten Gegenbeweis (s. davon weiter unten) ausschließen, so daß z. B. die Aussage eines Gegenbeweiszeugen nicht ausreicht (Anz. 1847, S. 336), und war auch in dem Anz. 1848, S. 100 mitgetheilten Fall „durch den geführten Gegenbeweis nicht so viel erbracht, daß die Eidesdelation als unzulässig zu betrachten gewesen wäre." (cf. **W. v. Schirach**, Beiträge zur Anwendung des Rechts, S. 140 in fine.) Ein drittes Beispiel findet sich Anz. 1850, S. 340. In dem hier mitgetheilten Schleswigschen Rechtsfall schien es nach Aeußerungen des Schwurpflichtigen zweifelhaft, ob derselbe das Eidesthema in dem richtigen Sinne auffasse; allein da nicht erwiesen vorlag, daß derselbe ein dem Inhalt des Beweiserkenntnisses zuwiderlaufendes Bekenntniß abgelegt hatte, so konnte die Eidesleistung ohne Weiteres für unzulässig nicht erklärt werden.

Wenn nun auch von einer Subsidiarität des Schiedeseides nicht die Rede sein kann, so tritt doch eine Beschränkung der Anwendung da ein, wo der Gebrauch dieses Beweismittels seinem Wesen widersprechend sein würde, abgesehen von der durchaus zulässigen Parteiconvention, sich in einer Sache der Eidesdelation nicht bedienen zu wollen. (Anz. 1841, S. 160.) So folgt aus der Vertragsnatur des Schiedeseides, daß er da nicht wird anwendbar sein können, wo der Streitgegenstand der Privatdisposition entzogen ist. Dies gilt von den Ehestreitigkeiten, welche (und solche nur können jetzt noch bei uns vorkommen) sich auf Auflösung der Ehe beziehen. Gemeinrechtlich ist dieser Punkt allerdings bestritten; doch haben sich die gewichtigsten Stimmen von je her gegen die Zulässigkeit des Schiedeseides erklärt. Für die inländische Praxis besteht hier keine Controverse. „Die Aufhebung der Ehe," sagt das vormalige Schleswigsche Oberconsistorialgericht (Anz. 1842, S. 8) „ist der privatrechtlichen Willkühr der Eheleute entzogen, nur dann, wenn die Bedingungen vorhanden und erwiesen sind, die das Gesetz zur Bewirkung der gerichtlichen Trennung einer Ehe voraussetzt, ist selbige zulässig. So wenig daher das Geständniß des einen Ehegatten hinsichtlich der einer Ehescheidungsklage zum Grunde gelegten, eine Trennung der Ehe an sich begründenden Thatsache beim Mangel sonstiger, dasselbe unterstützender Beweismittel geeignet ist, die gerichtliche Aufhebung des Ehebundes zu bewirken, eben so wenig kann selbige durch Erkennung eines Schiedeseides der Willkühr des einen oder des andern Ehegatten anheimgestellt werden." Wiederholte Präjudicate unserer höheren Gerichte haben gleichmäßig stets den Gebrauch des Schiedeseides für unzulässig erklärt, (cf. u. A. Anz 1847, S. 38; 1853,

S. 344, O. A. G.; 1855, S. 300; 1856, S. 138.) Gelegentlich sei bemerkt, daß man in älterer Zeit selbst Bedenken getragen hat, auf richterliche Eide zu erkennen; vgl. jedoch Anz. 1843, S. 23, Note; 1847, S. 38; 1855, S. 195, O. A. G. (suppletorium); Anz. 1837, S. 181 (purgatorium).

Auch in Schwängerungssachen ist nach dem Patent vom 8. August 1826 der Schiedseid nicht zulässig, wenn bestimmte, in dem Gesetze näher bezeichnete Verhältnisse obwalten; oder genauer: der Gebrauch des Eides ist an bestimmte Bedingungen geknüpft. Hier ist es das religiöse Moment, welches seinen Einfluß geltend gemacht hat. Die Mehrzahl der Bedingungen läßt sich nämlich darauf zurückführen, daß einer Geschwängerten dies Beweismittel nur unter der Voraussetzung eines bis dahin unbescholtenen Lebenswandels und eines im Allgemeinen sittlichen Characters zustehen könne, welche letztere aber nicht anzunehmen sind, wenn die außerehelich Geschwängerte verheirathet war, wenn sie wiederholt außerehelich geboren, wenn sie selbst in der Geburtsnoth nicht den Beklagten als Vater ihres Kindes genannt hat, wenn sie endlich sich mit einem verheiratheten Manne eingelassen. In allen diesen Fällen offenbart sich eine Leichtfertigkeit des Characters, welche befürchten läßt, daß die Geschwängerte auch die Bedeutung des Eides nicht mit der erforderlichen Gewissenhaftigkeit auffasse.*) — In Beziehung auf das Patent vom 8. August 1826 findet sich in den Anzeigen eine Anzahl interessanter Entscheidungen. Zunächst ist zu bemerken, daß, wie bezüglich des Reinigungseides die Verordnung vom 22. October 1768, welcher ausdrücklich Schwängerungssachen, „es mag von der Unzuchtbrüche die Frage sein, oder ad satisfactionem privatam geklagt werden," zur Voraussetzung dienen (Anz. 1853, S. 225.), so gleicherweise das Patent von 1826 bezüglich des Schiedseides dann keine Anwendung wird finden können, wenn nicht die Geschwängerte selber, sondern die Vormünder ihres Kindes auf Alimentation klagen. Im Uebrigen aber ist die Eidesdelation „auch dann von den verordnungsmäßigen Bedingungen abhängig, wenn der Beischlaf eingeräumt und es sich nur noch um den Beweis des zeitgemäßen Beischlafes handelt." (Anz. 1853, S. 335.) Ueber das Dasein der geforderten Bedingungen ist der Richter nicht nur berechtigt, sondern auch (Anz. 1844, S. 332) „verpflichtet, sich vor der Entscheidung über die Zulässigkeit der Eidesdelation Gewißheit zu verschaffen." Auch kommt es nicht in Betracht, in welcher Lage des Processes vor wirklicher Ableistung des Eides die Ermittelung des Mangels der betreffenden Voraussetzungen stattgefunden hat, ob z. B. nach Acceptation des Eides oder gar erst in der Recursinstanz. (Anz. 1846, S. 178.) Indeß wird die richterliche Ermittelung doch erst dann beginnen können, wenn die Geschwängerte sich der Eidesdelation bedient hat, da „ein gerichtliches Verfahren über die Zulässigkeit von Beweismitteln der Natur der Sache nach erst nach der Production der Beweismittel stattfinden kann (Anz. 1844, S. 330)', und wenn gegen deren Zulassung vom Beklagten Einwendungen, deren Erhebung als von Beweiseinreden erst nach der Delation erfolgen kann (Anz. 1844, S. 331), gemacht sind (vgl. Anz. 1851, S. 348), oder auch, wenn dem Gerichte, auch ohne daß Einwendungen erhoben wären, Zweifel über das Vorhandensein der Bedingungen anderweitig gekommen sind. Denn nach dem offensichtlich prohibitiven Character des Patentes (Anz. 1846, S. 178) kann die Unzulässigkeit der Eidesdelation nicht wohl erst wieder an die vom Patente selbst nicht erwähnte Bedingung geknüpft sein, daß der Beklagte Einwendungen erhoben habe (vgl. Anz. 1837, S. 353), in welchem Fall sich aus den Acten ergab, daß Beklagter verheirathet sei. Uebrigens ist andererseits, eben weil die auf das Patent gestützten Einwendungen des Beklagten als Beweiseinreden aufzufassen sind, die Zulässigkeit der Eidesdelation nicht dadurch bedingt, daß gerade in der Klage oder in der Beweisantretung behauptet werden, die Bedingungen des Patents seien vorhanden (Anz. 1844, S. 330, O. A. G.), obgleich die Klägerin erforderlichen Falls den Nachweis zu liefern hat, (ibid. S. 329). Fast möchte man annehmen, daß das vormalige Schleswigsche Obergericht in einem Fall (Anz. 1837, S. 185) anderer Ansicht gewesen, indem es äußert, daß die Klägerin weder bei Anstellung der Klage und im Verfolg des Processes, noch zur Zeit der Eidesdelation nachgewiesen, ja nicht einmal behauptet habe, daß sie den Beklagten als den Vater ihres Kindes in der Geburtsnoth genannt, weshalb die Unterinstanz mit Recht die Zulässigkeit des Schiedseides aberkannt habe. Möglich bleibt, daß Beklagter die Zulässigkeit der Eidesdelation bestritten hatte, was die Relation in den Anzeigen zweifelhaft läßt.

Die einzelnen vom Patente aufgestellten Bedingungen anlangend, so muß 1) zur Zeit der Klage die Klägerin (Anz. 1837, S. 281, Schl.), 2) zur Zeit der Insinuation der Klage der Beklagte unverheirathet sein. (§ 1 des Patents; Anz. 1841, S. 333; 1849, S. 174.) Auch ist entschieden, daß das Patent keine

*) Der hervorgehobene Gesichtspunct dürfte übrigens nicht der alleinige bei Erlassung jener Gesetzesbestimmungen gewesen sein, wie dies namentlich hinsichtlich des zuletzt erwähnten Requisites daraus hervorgeht, daß nicht darauf gesehen werden soll, ob der Beklagte zur Zeit der geschehenen Schwängerung, sondern ob derselbe zur Zeit der Insinuation der Klage verheirathet war.
A. d. R.

Ausnahme hiervon enthalte für den Fall, daß die Klägerin den Aufenthalt des Beklagten nicht vor seiner Verheirathung erfahren haben sollte. (Anz. 1837, S. 353.) 3) Die Klägerin muß zum ersten Male außerehelich geboren haben. Vgl. schon die Verfügung vom 25. April 1794 („— sonst unbescholtene Braut —") und Anz. 1837, S. 285. Aber auch die Klägerin, welche, ehe sie Alimente für ihr erstes uneheliches Kind einklagt, bereits zum zweiten Mal außerehelich geboren hat, darf den Schiedeseid nicht benutzen; es kann nicht angenommen werden, „daß nach der Absicht des Gesetzgebers ein Unterschied habe gemacht werden sollen, je nachdem der erste oder zweite Schwängerungsfall in Frage steht, weil dieselben Gründe, die es überhaupt bedenklich erscheinen lassen, einer Person, welche sich wiederholt in Unehren hat schwängern lassen, den Gebrauch der Eidesdelation freizustellen, in beiden Fällen gleichmäßig vorhanden sind." (Anz. 1853, S. 335.) Die Consequenz scheint zu fordern, daß man auch derjenigen Klägerin, welche, ohne zum zweiten Male noch geboren zu haben, doch erwiesenermaaßen sich in zweiter außerehelicher Schwangerschaft befindet, in gedachtem Fall den Gebrauch des Eides versage; doch muß dem Wortlaute des Patentes gegenüber eine solche Ausdehnung bedenklich erscheinen. — 4) Die Klägerin muß den jetzigen Beklagten in der Geburtsnoth als den Vater ihres Kindes namhaft gemacht haben. Unter Geburtsnoth ist aber nicht bloß der Augenblick, in welchem das Kind geboren wird, sondern der ganze Geburtsact, mithin der Zeitraum bis zur Wegnahme der Nachgeburt, zu verstehen, denn das ist der Zeitraum „der Schmerzen und der Gefahr für das Leben der Mutter" (Anz. 1845, S. 223, Schl.), weshalb in dieser ganzen Periode auch eine größere Glaubwürdigkeit der Aussagen anzunehmen ist. (Anz. 1844, S. 333.)

Die im § 2 des Patentes und in der Verfügung vom 25. April 1794 weiter hinsichtlich der Zulässigkeit des Schiedeseides verfügten Normen sind seit dem Erscheinen des Gesetzes, betreffend die rechtlichen Wirkungen der Eheverlöbnisse, vom 14. April 1856, nicht mehr anwendbar, da nach diesem Gesetze auf Vollziehung der Ehe überall nicht mehr geklagt werden kann.

Nach der Verordnung vom 9. Juli 1840 § 5 ist in Streitigkeiten, welche wegen der auf privatrechtlichen Gründen beruhenden Ansprüche gegen Verwaltungscollegien entstehen, der Gebrauch des Schiedeseides untersagt (vgl. unten § 3).

Für die summarischen Processe ist die Zulässigkeit des Beweismittels des Schiedeseides als Regel aufzustellen. Fuchs, **Introductio in processum Hols. I. 10, 17** sagt, es sei **in omnibus etiam summariis judiciis locus juramenti delationi**, und von der Praxis ist wenigstens anerkannt, „daß durch die Erkennung eines weniger förmlichen Beweises den Parteien ein erlaubtes Beweismittel nicht abgeschnitten werden darf, und daß folglich nach mißlungenem Bescheinigungsbeweis noch Eidesdelation übrig bleibe." (Anz. 1837, S. 347, vgl. weiter unten.)

(Die Fortsetzung folgt.)

Entscheidungen.

Ueber die Legitimation zur Kündigung von Capitalpösten. — Kann an einem Sonn- oder Festtage die Annahme der offerirten Zahlung verweigert werden? In welcher Münzsorte sind Zahlungen im Privatverkehr zu leisten?

In Sachen des Einwohners Dodo Sieben zu Alveslohe, Imploraten, jetzt Supplicanten, wider den Rittmeister a. D. v. Dassel daselbst, Imploranten, jetzt Supplicaten, wegen angeblich schuldiger Tilgung eines Capitalpostens von 5333⅓ ℛ R.-M., jetzt Supplication wider den Bescheid des Cadener Justitiariats vom 15./20. Juni v. J.,

ergeben die Acten:

Der gegenwärtige Supplicant verkaufte im Jahre 1851 an den jetzigen Kirchspielvogt Jägermeister Völkers, damals Besitzer mehrerer Landstellen in Alveslohe, seine daselbst belegene Hofstelle Nr. 9, reservirte sich im Contract für die nächsten fünf Jahre die freie unentgeltliche Benutzung der zu der verkauften Stelle gehörigen Kathe nebst Gärten und Wiesenland und des nöthigen Torfmoores, verpflichtete sich jedoch für den Fall, daß Käufer vor Ablauf der fünf Jahre den Rest der Kaufsumme auszahlen würde, die gedachte Kathe **cum pert.** zur freien Disposition zum nächstfolgenden 1. Mai abzuliefern; und nachdem Völkers diese Stelle nebst seinen übrigen Ländereien im Juni 1854 an den Rittmeister a. D. v. Dassel wieder verkauft hatte, ließ letzterer dem Dodo Sieben die restirenden Kaufgelder zum Betrage von 5333 ℛ 32 ß R.-M. unterm 29. September f. J. gerichtlich kündigen.

Zufolge Attestates der Gutsobrigkeit ward demnächst dem Eingesessenen Dodo Sieben eine Ladung insinuirt, dahin lautend, entweder am 30. März oder

am 1. April vor Beginn des Gottesdienstes vor der Gerichtshalterschaft des adeligen Gutes Caden zu erscheinen, und gegen Rücklieferung der mit Empfangsschein und Delirungsconsens versehenen Obligation das protocollirte Capital nebst Zinsen in Empfang zu nehmen; derselbe erschien aber so wenig an dem einen wie an dem andern Tage und als ihm sodann am zweiten Tage das an beiden Tagen für ihn bereit gehaltene Geld auch noch in seinem Hause offerirt wurde, verweigerte er die Annahme desselben, worauf das Capital von 5333 ℳ 32 β nebst 44 ℳ 43 β R.-M. Zinsen in Preußischen Thalern **ad depositum** gebracht wurde.

Auf Antrag des Rittmeisters v. Dassel ist sodann dem Dodo Sieben vom Cadener Justitiariate unterm 21. April v. J. ein Befehl beigelegt worden, des Inhalts, daß er innerhalb 8 Tage **ab ins.** gegen Empfangnahme des Depositenscheines der Gutsobrigkeit vom 1. April 1855 das Folium des Imploranten von der darauf protocollirten Hypothek von 5333⅓ ℳ R.-M. zu reinigen und zu dem Ende die in seinen Händen befindliche Obligation nebst Tilgungsconsens beim Schuld- und Pfandprotocolle einzureichen, widrigenfalls aber zu gewärtigen habe, daß die Genehmigung zur Mortificirung der Obligation auf seine Kosten beim Obergerichte werde beantragt, und nach ausgesprochener Mortification die Delirung **ex officio** werde verfügt werden.

Hiergegen ist Implorat mit Einwendungen eingekommen, indem er vorstellig gemacht:

I. daß ein unrichtiges und summarisches Verfahren eingeleitet sei, weil ihm anstatt der vierwöchigen eine nur achttägige Paritionsfrist gesetzt sei und es überdies auch an der erforderlichen Liquidität mangele. Implorat habe sich bezogen auf drei Documente, eine Vollmacht zur Kündigung, ein Kündigungsdecret und ein sogenanntes obrigkeitliches Attestat. Auf der Vollmacht sei die Unterschrift des Kirchspielvogts und Jägermeisters Völkers nicht fidemirt, dieselbe sei ferner auch nicht auf dem erforderlichen Stempelpapier ausgestellt und wäre wahrscheinlich antedatirt. Das Kündigungsdecret nehme nicht Bezug auf diese Vollmacht, auch laute die Kündigung auf eigenen Namen und daß Implorant Eigenthümer des belasteten Grundstücks geworden, constire nicht, vielmehr gehe das Gegentheil aus der sogenannten Vollmacht hervor. Ferner besage das Kündigungsdecret, daß das Capital innerhalb eines halben Jahres in Empfang genommen werden solle, und daß dazu Implorat verpflichtet gewesen, constire nicht, dagegen constire, daß nicht innerhalb des halben Jahres, welches mit dem 30. März abgelaufen sei, das Geld offerirt worden. Endlich constire es, daß Letzteres in ausländischer Münzsorte deponirt sei und daß Implorat in solcher Münze Zahlung anzunehmen verpflichtet sei, constire wieder nicht, während es anderrerseits constire, daß das Geld der Sabbathordnung zuwider an einem Sonntage offerirt sei;

II. hat Implorat die Einrede des erschlichenen Mandats opponirt und zu deren Rechtfertigung angeführt:

1) Implorant sei nicht zur Kündigung berechtigt gewesen. Er habe nämlich nicht das Eigenthum der Stelle erworben und sei, da ihm die Stelle nicht um- und zugeschrieben sei, nicht Disponent des Foliums. Die Vollmacht aber sei nicht bei der Kündigung mitgetheilt und die auf eigenen Namen lautende Kündigung habe daher den Imploraten nicht verpflichten können;

2) das Kündigungsdecret laute dahin, daß das Capital innerhalb eines halben Jahres bis zum 1. April gegen Zurücklieferung und Tilgung der darüber ausgestellten Obligation entgegengenommen werden solle. Der Inhalt der Obligation weise aber aus, daß eine halbjährige Kündigung festgestellt sei, also dem Schuldner nicht freigestanden habe, das Capital so zu kündigen, daß der Creditor im Laufe des halben Jahres jederzeit zur Annahme des Geldes bereit sein müsse;

3) während die Kündigung, wie angegeben, laute zur Empfangnahme innerhalb eines halben Jahres, sei die Zahlung erst nach Ablauf des halben Jahres am 1. April offerirt, also sei der Debitor **in mora** gewesen und dadurch werde der Creditor von der Verpflichtung zur Empfangnahme liberirt, bis eine neue Kündigung erfolgt und innegehalten sei;

4) es sei unwahr, daß, wie das Attestat der Gutsobrigkeit besage, Implorat zur Empfangnahme des Geldes zum 31. März event. 1. April vorgeladen sei. Der Gerichtsdiener habe die Ladung mündlich beschafft, und zwar eben nur zum 1. April, die mit der Sabbathsordnung im Widerspruch stehende Ladung zum Palmsonntage habe aber rechtlich auf Berücksichtigung keinen Anspruch machen dürfen, dasselbe gelte auch von der im Hause des Imploraten im Beisein der Gutsobrigkeit am selbigen Tage zwischen 1 und 2 Uhr erfolgten Offerte des Geldes;

5) daneben habe auch Implorant das Geld in einer fremden Münzsorte offerirt, welche anzunehmen Implorat nicht verpflichtet gewesen, wie ihn eben daher auch die Deponirung dieser Münzsorte, womit Implorant seine obligationsmäßige Verpflichtung nicht erfüllt, nicht **in mora** habe versetzen können;

6) endlich hätte ihm auch nicht der Befehl beigelegt werden dürfen, das Folium des Imploranten von der darauf protocollirten Hypothek zu reinigen und zu dem Ende seine Obligation nebst Tilgungsconsens einzureichen, weil, wenn ihm auch die Delirung hätte aufgegeben werden können, ihm doch die Art, wie er dazu gelangt, hätte überlassen bleiben müssen.

In der hierüber eingezogenen replicarischen Erklärung hat Implorant die vorgebrachten Einwendungen zu widerlegen gesucht und unter Andern namentlich bemerklich gemacht, daß es auf die Münzsorte, in der das Geld deponirt werden, um so weniger ankommen könne, weil der Implorat schon vor der Deponirung **in mora** versetzt sei und bei der Verweigerung der Annahme des offerirten Geldes es überall nicht zur Sprache gekommen, in welcher Münzsorte die Zahlung geschehen müsse. Uebrigens habe auch Implorat, dem Implorant hierüber den Eid deferire, sich nach erfolgter Kündigung ausdrücklich damit einverstanden erklärt, daß die Zahlung in Preuß. Thalern geschehe. Ueberdies werde es auch von allen Rechtslehrern anerkannt, daß, wo keine specielle Münzsorte beredet sei, jede im Lande gangbare Münze als Zahlung angenommen werden müsse, und hierin habe das Patent vom 10. Februar 1854, welches nur die inländische Münze betreffe, nichts geändert. Daß aber der Preuß. Thaler zu den im hiesigen Lande vorzugsweise gangbaren Münzsorten gehöre, sei gerichtskundig. Auch dürfe keinem Gesetze, welches dies nicht speciell vorschreibe, und also auch nicht dem erwähnten Patente, rückwirkende Kraft beigelegt werden. Um indessen über den beregten Punkt kein weiteres Verfahren zu veranlassen, wolle Implorant die Erklärung abgeben, wie er dafür Sorge tragen werde, daß Implorat das deponirte Capital nebst Zinsen in Reichsmünze überliefert erhalte.

Das Cadener Justitiariat hat hierauf unterm 15./21 Juni v. J. erkannt:

> daß das unterm 21./25. April abgegebene Mandat dahin zu bestätigen, daß Implorat nunmehr innerhalb 3 Tage **ab ins.** die Obligation einzureichen und den Delirungsconsens gegen Entgegennahme des Depositenscheines unter dem angedrohten Präjudiz zu beschaffen habe, auch schuldig sei, die näher bestimmten Kosten innerhalb 14 Tage, bei Vermeidung der Pfändung, zu erstatten.

Gegen dies Erkenntniß hat Implorat das Rechtsmittel der Supplication interponirt und in der eingereichten Supplicationsschrift darauf angetragen:

> daß, unter Beseitigung der **sent. a qua**, das Mandat vom 21. 25. April v. J. wiederum aufgehoben, Implorant auch zur Erstattung der **in inferiori** erwachsenen Kosten, das **jud. a quo** aber zur Erstattung der Kosten der Supplicationsinstanz schuldig erkannt werden möge.

Es steht demnach zur Frage:

> ob die gegen das abgegebene Mandat vorgebrachten Einwendungen für begründet zu erachten sind?

In Erwägung nun, daß die in dem erlassenen Mandate auf 8 Tage festgesetzte Paritionsfrist dem Imploraten keinen die Aufhebung des Mandats genügend motivirenden Einwand hat gewähren können, da die vierwöchige Paritionsfrist nur für Zahlungsbefehle gesetzlich vorgeschrieben ist, in andern Fällen des Mandatsprocesses aber die Bestimmung der Frist von dem richterlichen Ermessen abhängt;

in Erwägung ferner, daß zur Kündigung einer Capitalforderung Jeder als berechtigt angesehen werden muß, dem die Berechtigung zusteht, durch Zahlung die Tilgung des Schuldverhältnisses zu erwirken, daß aber nach gemeinem Rechte jeder Nichtschuldner selbst ohne Wissen und Willen des Debitors das Schuldverhältniß aufheben kann,

> cf l. 23. 40 und 53. **de solut.**,

und daß daher Implorat um so weniger die Befugniß seines Gegners zur Kündigung hat bestreiten, auch keinen Einwand daraus hat ableiten dürfen, daß in dem Kündigungsdecret auf die dazu von dem Debitor ertheilte Vollmacht nicht Bezug genommen worden, wie denn übrigens auch die dem Mandatsgesuch angeschlossene, vorschriftsmäßig auf Stempelpapier ausgefertigte Vollmacht ausweist, daß, wenn auch die Um- und Zuschreibung der Landstelle auf den jetzigen Eigenthümer noch nicht erfolgt war, der zeitweilige Inhaber des Foliums doch nicht nur mit der Kündigung einverstanden war, sondern es auch genehmigt hat, daß das Protocollat delirt und eine andere Forderung statt dessen wieder protocollirt werde;*)

---

*) Der gewöhnlichste Fall, wo Jemand in die Lage kommt, eine Forderung, für die er zu dem Creditor in keinem directen Schuldverhältniß steht, zu kündigen, nämlich der, wenn der Käufer die protocollata übernimmt, kann nie Schwierigkeit darbieten, denn in der Vereinbarung, daß der Käufer die auf der verkauften Landstelle protocollirten Schulden übernehmen solle, liegt zugleich ein stillschweigendes Mandat des Schuldners, seine Gerechtsame dem Creditor gegenüber wahrzunehmen. So war es auch in dem obigen Fall. Hierauf konnte jedoch keine Rücksicht genommen werden, weil der in einem andern Proceß producirte Contract in diesem nicht pars actorum ge-

in Erwägung, daß, wenn auch die unpräcise Fassung des Kündigungsdecrets der Mißdeutung Raum läßt, als habe das Recht in Anspruch genommen werden sollen, das Capital innerhalb des halben Jahres an jedem beliebigen Tage zu zahlen, selbige doch für hieraus zu entnehmende Einreden eine ausreichende Grundlage nicht darbieten kann, da die Zahlung nicht innerhalb der in der Obligation für beide Theile stipulirten halbjährigen Kündigungsfrist, sondern nach Ablauf derselben, und zwar noch an dem in dem Kündigungsdecret ausdrücklich benannten 1. April, offerirt worden, diese Zahlungsofferte also sowohl der Bestimmung der Obligation als dem Inhalte des Kündigungsdecretes entsprechend erscheint, während es anerkannten Rechtsgrundsätzen widerspricht, wenn Supplicant die Behauptung aufstellt, daß die Kündigung deshalb ihre rechtliche Wirkung verloren, weil nicht am ersten Tage, sondern am zweiten Tage nach Ablauf der halbjährigen Frist Zahlung angeboten sei;

in Erwägung, daß für den vorliegenden Fall die Frage, ob Supplicant der ergangenen Ladung gemäß vor der Gerichtshalterschaft habe erscheinen müssen, um dort die Zahlung entgegenzunehmen, nicht in Betracht kommt, weil dem Supplicanten auch in seinem Hause Zahlung offerirt worden, und seine Weigerung, sich auf eine Annahme derselben einzulassen, in der Sabbathsordnung keine Rechtfertigung findet, da selbige Priavten die Vornahme von Rechtsgeschäften am Sonntage nicht untersagt und selbst die Schließung der Kaufmannsläden nur für die Zeit des Gottesdienstes gebietet;

in Erwägung, daß es hinfolglich völlig ungerechtfertigt erscheint, wenn der Supplicant ohne Weiteres die Annahme der ihm offerirten Zahlung verweigert

---

worden, Implorant sich auch nicht auf den Contract bezogen hatte. Die Vollmacht aber, die Völkers als der wirkliche Debitor dem Imploranten ausgestellt hatte, war bei der Kündigung nicht producirt worden. Und wenn man davon ausgehen will, daß der Creditor eine Kündigung des dazu nicht etwa vom Debitor bevollmächtigten Dritten zu respectiren nicht nöthig hat, so wird man auch selbstfolglich es als Bedingung einer verbindlichen Kündigung hinstellen müssen, daß bei der Kündigung die Vollmacht producirt oder doch wenigstens auf dieselbe Bezug genommen wird. Es kam also im gegebenen Fall die, so viel uns bekannt, von keinem Schriftsteller speciell erörterte Frage in Betracht, ob ein jeder Nichtdebitor zur Kündigung berechtigt sei. Die practische Bedeutsamkeit dieser Frage ist nicht weitgreifend, da es begreiflich zu den Seltenheiten gehört, daß ein Dritter sich veranlaßt sieht, ohne eigenes Interesse in die Schuldverhältnisse eines Anderen einzutreten. Aber es giebt doch manche Verhältnisse, in denen es von eigenem Interesse ist, die Schuld eines Anderen durch Zahlung tilgen zu können. So kann es z. B. für den Eigenthümer, dessen Grundstück für eine fremde Schuld mit einer Hypothek belastet ist, von Wichtigkeit sein, daß er durch Zahlung der Schuld den Pfandnexus aufzuheben im Stande ist. Er kann es, wenn man annimmt, daß Jeder, welcher berechtigt ist, durch Zahlung eine fremde Schuld zu tilgen, auch zur Kündigung befugt sein müsse. Er kann es aber nicht, wenn man davon ausgeht, daß die Regel, daß jeder Nichtdebitor für den Schuldner dessen Schuldverhältniß tilgen könne, durch die, sei es auf Vereinbarung oder auf Herkommen beruhende Bedingung der vorgängigen Kündigung eine Beschränkung erleide. Denn auch er kann seine Kündigungsbefugniß nur auf das Recht zurückführen, durch Zahlung die Forderung, welche dem Creditor gegen den wirklichen Schuldner zusteht, aufzuheben.

Es kann nun zwar auf den ersten Blick bedenklich erscheinen, jedem Nichtdebitor die Kündigungsbefugniß einzuräumen. In Wirklichkeit ist dies Bedenken aber doch nur ein scheinbares. Freilich wirkt die Kündigung des Dritten nicht Fälligkeit dem wirklichen Debitor gegenüber. Allein der Zweck, den jene Bedingung verfolgt, wird auch bei der von dem Debitor ausgehenden Kündigung nicht vollständig erreicht, wenn auf die Kündigung die Zahlung nicht rechtzeitig erfolgt, und dem Creditor steht auch gegen den kündigenden Dritten als denjenigen, der sich ihm als Debitor aufgedrungen, eine Klage zu, während das Schuldverhältniß des eigentlichen Debitors bis zur vollständigen Tilgung der Schuld durch den Dritten unverändert bestehen bleibt. Ließe sich nun auch die Möglichkeit denken, daß ein Nichtschuldner, gegen den sich der Creditor seines Schadens wegen nicht erholen könnte, dem Creditor durch eine Kündigung Verlegenheit und Nachtheil möchte bereiten können, so ist doch diese Möglichkeit von so untergeordneter practischer Bedeutsamkeit, daß es eine übertriebene Aengstlichkeit verrathen würde, wollte man deshalb die Consequenzen eines Satzes scheuen, dessen Richtigkeit man im Uebrigen anerkennen müßte. Es läßt sich aber wohl schwerlich bestreiten, daß die Kündigung, mag sie in Folge specieller Vereinbarung, oder, weil landüblich, nothwendige Vorbedingung sein, damit der Creditor die ihm offerirte Zahlung annehmen müsse, immer nur den Sinn hat, daß ohne dieselbe weder Zahlung gefordert noch geleistet werden könne und daß so wenig der Creditor oder der an seiner Statt zur Erhebung Berechtigte ohne Kündigung Zahlung fordern, eben so wenig auch der zur Zahlungsleistung Befugte ohne vorgängige Kündigung das bestehende obligatorische Verhältniß durch Zahlung auflösen könne. Ist dies aber der Fall, so ist Jeder zur Kündigung befugt, der durch Zahlung die Schuld zu tilgen berechtigt ist; und es bedarf also für die Kündigung einer fremden Schuld bei dem Creditor keiner speciellen Legitimation, weil Jedem das Recht zusteht, selbst wider Wissen und Willen des Debitors eine fremde Schuld durch Zahlung aufzuheben.

hat, daß es jedoch für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites nicht etwa bloß darauf ankommt, ob Suppliсant in **mora accipiendi** versetzt worden, da es nicht in Frage steht, ob Suppliсant die Obligation nebst Delirungsconsens gegen Empfangnahme der obligationsmäßigen Leistung auszuhändigen verpflichtet ist, sondern es sich vielmehr jetzt darum handelt, ob das Depositum rechtlich der geschehenen Zahlung gleichzustellen und Suppliсant also, wie ihm der beigelegte Befehl aufgiebt, den Depositenschein anstatt der Zahlung anzunehmen gehalten ist;

in Erwägung, daß es sonach weiter in Frage kömmt, ob eine Geldsumme deponirt worden, welche als Zahlung anzunehmen Suppliсant nach Inhalt der Obligation verbunden gewesen wäre;

in Erwägung nun, daß wenn auch nach gemeinem Recht die Zahlung von Geldschulden, wo, wie im gegebenen Fall, keine bestimmte Münzsorte stipulirt worden, in jeder im Lande gangbaren Münze vom Creditor angenommen werden muß, diese gemeinrechtliche Bestimmung doch für das vaterländische Recht eine wesentliche Beschränkung erlitten hat durch das Patent vom 10. Februar 1854, indem dieses Gesetz die in dem § 3 genannten Münzsorten auch für den Privatverkehr als die einzigen gesetzlich gangbaren Münzen bezeichnet, und der Sinn dieser Gesetzesbestimmung um so weniger zweifelhaft erscheinen kann, als sich das Gesetz seinem ganzen Inhalt nach und wie auch schon aus der Ueberschrift und der Einleitung hervorgeht, es unter Anderm auch namentlich zur Aufgabe gestellt hat, eine Bestimmung darüber zu treffen, in welchen Münzsorten Zahlungen im Privatverkehr zu leisten sind, so daß, obwohl Preußische Thaler im hiesigen Lande noch coursiren, deren Annahme als Zahlungsmittel auch nicht verboten ist, doch darüber kein Zweifel obwalten kann, daß, wo nicht etwa das Gegentheil speciell beredet worden, Niemand dieselben als gültige Zahlung anzunehmen gehalten ist;

in Erwägung, daß es für den gegenwärtigen Fall auch hierin nichts ändern kann, daß die Obligation vor Erlassung der gedachten Verordnung errichtet worden, da für die Frage, in welcher Münzsorte beim Mangel specieller Beredungen Zahlungen zu beschaffen sind, selbfolglich nur auf den Zeitpunkt der Zahlung gesehen werden darf, und es also nicht entscheidend sein kann, welche Münze zur Zeit der Contrahirung der Schuld als gültiges Zahlungsmittel hätte angenommen werden müssen;

in Erwägung ferner, daß Suppliсant zwar **replicando** die Behauptung vorgebracht und durch Eidesdelation liquidirt hat, daß Suppliсant sich ihm gegenüber damit einverstanden erklärt habe, daß die Zahlung in Preuß. Thalern beschafft werde, daß jedoch dies Vorbringen schon aus dem Grunde keine Berücksichtigung finden kann, weil dasselbe keine eigentliche Replik bildet, vielmehr bereits bei Einleitung des Verfahrens zur Begründung des Mandatsgesuchs hätte angeführt und liquide gemacht werden müssen, indem der den Suppliсanten beigelegte Befehl gegen Empfangnahme des Depositenscheins die Obligation nebst Delirungsconsens auszuhändigen nur unter der Voraussetzung gerechtfertigt erscheinen konnte, wenn das Depositum der Zahlung rechtlich gleichgestellt werden durfte;

in Erwägung sodann, daß es für die rechtliche Beurtheilung nicht entscheidend sein kann, daß Suppliсat sich erboten hat, die deponirten Gelder in gesetzliche Münzsorten umzusetzen und es zu veranlassen, daß seinem Gegner in solcher das Geld auf den Depositenschein ausgezahlt werde, da es bei der gegenwärtigen Sachlage für beide Parteien von gleichmäßig wesentlichem Interesse ist, ob das Depositum der Zahlung gleich zu achten und es dem Suppliсaten nicht gestattet werden darf, die nachtheiligen Folgen seines Versehens von sich abzuwenden, um sie seinem Gegner aufzubürden;

in Erwägung, daß, wenn auch sonach das abgegebene Mandat unter Beseitigung der **sententia a qua** wird aufgehoben werden müssen, doch eine Kostencompensation in der Betrachtung ihre Rechtfertigung finden dürfte, daß nicht die Münzsorte, in der das Geld deponirt und also auch wahrscheinlich offerirt sein wird, den Suppliсanten bestimmt hat, die Zahlung zurückzuweisen, letzterer vielmehr durch seine unberechtigte Weigerung jedwede Zahlung anzunehmen, zu der Deponirung und folgeweise zu dem gegenwärtigen Processe die Veranlassung gegeben hat, ohne daß es vorher unter den Parteien zur Ventilation gekommen, in welcher Münzsorte Zahlung verlangt werde;

wird auf die **sub præs.** den 12. Juli v. J. hieselbst eingegangene vorrubricirte Supplicationsschrift, bei abschriftlicher Mittheilung der eingezogenen Gegenerklärung, hiemittelst von Obergerichtswegen, unter Beseitigung der **sententia a qua** und Compensation der sämmtlichen auf diesen Rechtsstreit verwandten Proceßkosten,

zum Bescheide ertheilt:

daß das unterm 21. 25. April v. J. abgegebene Mandat wiederum aufgehoben werde.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 25. März 1856.

Allerhöchst privilegirte
Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

28. Stück. Den 14. Juli 1856.

Das
Beweismittel des Schiedeseides.

Nach den Grundsätzen inländischer Praxis.

(Fortsetzung.)

Allein so allgemein, wie Fuchs für seine Zeit zu bezeugen scheint, ist heut zu Tage im summarischen Processe der Gebrauch dieses Beweismittels nicht gestattet. In geringfügigen Sachen (Verordnung vom 25. Juli 1781 § 3; Anz. 1837, S. 347; 1845, S. 169), im Spolienprocesse (Verordnung vom 13. Jan. 1797 § 2), in Pachtcontraventionsstreitigkeiten (Verordnung vom 12. Mai 1824), in Gesindesachen (Verordnung vom 25. Februar 1840; Anz. 1855, S. 131) ist die Eidesdelation unbeschränkt zulässig. In Injuriensachen, mit Ausnahme von schweren Realinjurien (§ 3 der Verordnung vom 12. Mai 1798; Anz. 1843, S. 387; 1850, S. 187) ist dagegen der Schiedeseid unzulässig, selbst wenn die Parteien über den Gebrauch sich vereinbart haben sollten (Anz. 1854, S. 368). Dasselbe gilt vom Wechselprocesse (§ 111 der Verordnung vom 23. Februar 1854). Auch ist anerkannten Rechtens, daß der Schiedeseid mit der einen durch den § 6 der Verordnung vom 25. Juli 1781 legalisirten Ausnahme nie als liquides Beweismittel anzusehen sei (Anz. 1854, S. 367), weshalb er in der Executionsinstanz ein unstatthaftes Beweismittel ist (ibid.). Jene eine Ausnahme (vgl. übrigens auch den § 7 der Verordnung vom 25. Juli 1781, daß der aus einem Bilateral-Contracte Klagende der Einrede des nicht erfüllten Contracts durch „briefliche Urkunden und Eidesdelation" zu begegnen habe) bezieht sich (vgl. Patent vom 7. October 1815) auf die wider ein impetrirtes Mandat erhobenen Einreden, welche durch Eidesdelation zur Liquidität erhoben werden können, jedoch nur, wenn sie binnen der 4 Wochen des ersten Mandats vorgeschützt sind (Anz. 1840, S. 365, 1841, S. 351) und die Angelegenheit überhaupt eine rein privatrechtliche ist (Anz. 1845, S. 177, woselbst hinsichtlich der Beitreibung von gutsherrlichen Gefällen und Commüneabgaben die Note zu vergleichen ist). Aus demselben Grunde können auch die wider die Beitreibung amtlicher Gebühren erhobenen Einreden nicht durch Eidesdelation liquide gemacht werden (Anz. 1856, S. 139). Im vaterländischen „durch die Praxis gebildeten" Ermissionsprocesse (Anz. 1851, S. 204 N.), auf welchen die Verordnung vom 25. Juli 1781 gleichfalls keine Anwendung leidet (Anz. 1842, S. 199), können doch die gegen einen Räumungsbefehl erhobenen Einreden durch Eidesdelation liquide gemacht werden (Anz. 1851, S. 204).

§ 2.
Deferent.

In den Lehrbüchern des Civilprocesses werden die Fragen, wer Deferent und wer Delat sein könne, regelmäßig jede im Besondern beantwortet. Und diese Anordnung findet auch in der Natur der Sache ihre vollkommene Rechtfertigung. In mancherlei Hinsicht ist allerdings die Lage des Deferenten und Delaten ganz dieselbe, und hier wird für beide auch dasselbe gelten. Die verschiedene Parteistellung an sich und in Bezug auf das benutzte Beweismittel des vergleichsartigen Schiedeseides aber bringt in weit mehreren Beziehungen ein Verschiedenes mit sich, so daß eine gemeinschaftliche Behandlung beider Fragen nur Verwickelungen herbeiführen würde.

Zunächst den Deferenten anlangend, so liegt in der Frage: wer deferiren könne? schwerlich der richtige Gesichtspunkt, von dem hier auszugehen ist. Der Beweisführer deferirt freilich den Eid; aber er deferirt ihn, weil er das Beweismittel des Eides gewählt hat (weshalb auch Schmid, Handbuch des Civilprocesses, II. S. 329 N. 5 richtig hervorhebt, daß der

Eid, nicht die Eidesdelation, das Beweismittel sei). Durch diese Wahl erklärt er nicht nur sich im Stande, seine Behauptungen zu beschwören, sondern will es eben auch zu Wege bringen, daß er der Schwörende sei. Wenn ihm hierbei gleichsam ein Umweg vorgeschrieben wird, der nämlich, daß er es zuerst dem Gegner anheimstellen muß, ob dieser die Negation des Beweisthemas beeidigen könne und wolle, so ist das eine nothwendige Folge der subjectiven Vergleichsnatur des Schiedeseides, ändert aber die eigentliche Sachlage gar nicht. Demnach bliebe die erste Frage: wer darf den Eid leisten? Die Antwort wäre in Gemäßheit der oben angegebenen Momente des Schiedeseides zu bestimmen. Meistens aber, wie gesagt, fragt man nur, wer deferiren könne, und sucht die Antwort in der Vergleichsnatur dieses Eides zu finden, so daß man auch dem Meineidigen und Ehrlosen, denen man die Eidesleistung versagt, doch die Eidesdelation gestattet, und consequent müßte man sie auch demjenigen gestatten, welcher etwa erklärte, gar keine Religion zu haben, oder daß ihm nichts heilig sei. Entscheidungen unserer Gerichte über diesen Punkt sind mir nicht bekannt, jedoch mag daran erinnert werden, daß das oben erwähnte Patent vom 8. August 1826, dem vielleicht ein ähnlicher Gesichtspunkt, wie der hier vertheidigte, zu Grunde liegt, in den berührten Fällen nicht etwa bloß die Eidesleistung, sondern von vorn herein die Eidesdelation untersagt, und lediglich um einer gewissenlosen Eidesleistung der Deferenten vorzubeugen. Im Uebrigen folgt aus der Vergleichsnatur des Schiedseides der Grundsatz, daß, wer über den Streitgegenstand Dispositionsbefugniß hat, auch den Eid deferiren könne. Diese Regel wird aber wieder beschränkt dadurch, daß der Schiedeseid heut zu Tage ein g e r i c h t l i c h e s Beweismittel ist, und daher nur derjenige, welcher vor Gericht erscheinen kann, den Eid deferiren könne. So geht z. B. dem Alumnen der Armenkasse nicht die **persona standi in judicio** ab (Anz. 1845, S. 236), und soweit er über Vermögensgegenstände disponiren kann, kann er auch dieserwegen Processe führen und in der Proceßführung sich des Beweismittels des Schiedeseides bedienen. Er bedarf nicht der Assistenz der Vertreter des Armenwesens, welches letztere nach § 40 der Armenverordnung nur befugt ist, „Rechte des Unterstützten auf Alimentation gegen Andere auch ohne dessen Zustimmung bis zur völligen Schadloshaltung geltend zu machen" (Anz. 1845, S. 46). Wenn ferner die in Gemeinschaft der Güter mit ihren Kindern sitzen gebliebene Wittwe als Verwalterin des gemeinen Guts angesehen wird, und sie daher dieserwegen als Klägerin, wenn auch **cum curatore**, aufzutreten berechtigt ist (Anz. 1851, S. 221 und sonst oft), so versteht sich von selber, daß in diesen wie auch ähnlichen Verhältnissen behufs der Beweisführung auch der Schiedeseid benutzt werden kann, wie umgekehrt davon nicht die Rede wird sein können, wo die **persona standi in judicio** fehlt, wie z. B. den unmündigen Dienstboten, trotz des § 7 der Gesindeverordnung (Anz. 1852, S. 334), dem **pro prodigo** Erklärten, und nun gar, Kindern, Wahnsinnigen u. s. w.

Besonders hervorgehoben ist das Verhältniß der Ehefrauen. Dem Manne steht **durante matrimonio** über das gesammte Gut der Eheleute, mithin auch über das Sondergut der Frau, die Administration und Disposition zu. Er ist daher auch, kraft der Ehevogtschaft, in Processen, die das Gut der Frau betreffen, **dominus litis**, mag die Ehefrau **cum curatore marito**, oder der Mann **uxorio nomine** als der klagende Theil genannt sein. Beide Ausdrücke weisen gleicher Weise auf die Ehevogtschaft hin (Anz. 1839, S. 55; vgl. 1850, S. 27, 28 O. A. G.).

Ob also die Frau **c. cur. marito**, oder der Mann **uxorio noie.** den Eid deferirt, ist, da hier nicht Litisconsorten, mit einem Worte keine Mehrheit von Personen, sondern nur e i n e Person (**unitas personarum**) im Processe auftritt, gleich. So weit hat die Sache auch gar keine Schwierigkeit. Nur für den Relationsfall könnte es zweifelhaft erscheinen, wer von den beiden Eheleuten der schwurpflichtige Theil wäre, namentlich dann, wenn Handlungen zur Frage ständen, welche der Frau aus vorehelicher Zeit angehören, oder welche **durante matrimonio** ohne Assistenz des Mannes von ihr rechtsverbindlich ausgehen können. Hiermit ist aber schon angedeutet, daß, wenn der eine Theil der Eheleute unter gewissen Umständen pflichtiger zur Eidesleistung anzusehen wäre, als der andere, die Frage nach der größeren Pflicht aus einem anderen Gesichtspunkt, als dem der Ehevogtschaft, jedoch unbeschadet dieser, zu erörtern wäre. An und für sich ist der **uxor. noie.** klagend auftretende Ehemann als **dominus litis** auch der schwurpflichtige Delat; jedoch hat die Eidesleistung der Frau **cum cur. marito** in Betreff ihr angehöriger Handlungen dieselbe rechtsverbindliche Folge. Direct hier einschlagende Entscheidungen unserer Gerichte sind mir nicht bekannt (vgl. jedoch Anz. 1852, S. 306; 1855, S. 130, 131). Dieselbe Frage macht sich übrigens hinsichtlich des Delaten geltend, und werde ich in dieser Beziehung einige Präjudicate anführen können. Wenn indeß, wie das vormalige Schleswigsche Obergericht (Anz. 1837, S. 162) entschied, der Grundsatz anerkannt wird, daß die mit ihrem Ehemann in getrennten Güterverhältnissen lebende Ehefrau (die Eheleute hatten **in casu concreto** überdies sich factisch getrennt) bei der Disposition über ihr Privatvermögen an den Consens ihres Mannes nicht gebunden ist (wo also ein Verzicht auf die Ehevogtschaft aus concludenten Handlungen gefolgert werden kann), daher auch befugt

ist, unter Assistirung eines andern curator ad litem die ihr privative zustehenden Forderungen gerichtlich geltend zu machen, so ist sie selbstverständlich auch zur Eidesdelation und Eidesleistung resp. berechtigt und verpflichtet (vgl. über die gedachte Entscheidung Anz. 1838, S. 29 Note).

Litisconsorten mit theilbarem Interesse, z. B. Erben nach aufgetheilter Masse (Anz. 1842, S. 357), Mitglieder einer einfachen Societät (Anz. 1844, S. 107), wo also jeder Einzelne pro rata berechtigt und verpflichtet ist, können sich verschiedener Beweismittel bedienen und sind, wenn Einer den Schiedseid wählt, nicht auch die Uebrigen zu solcher Wahl gehalten. Für den Fall der Relation des Eides ergiebt sich hinsichtlich der Schwurpflichtigkeit das Weitere von selber. Ebenso wenn sämmtliche Litisconsorten den Eid deferiren, in welchem Fall sie sich von der Pflicht, sämmtlich auch den zurückgeschobenen Eid zu leisten, nur durch Zurücktreten von dem Processe befreien können. Wenn aber die Litisconsorten ein ungetheiltes Interesse verfolgen, z. B. Erben, die noch in ungetheiltem Gut sitzen, oder einen untheilbaren Gegenstand vom Erblasser überkommen haben (Anz. 1842, S. 357 ff.), so ist eine vorgängige Einigung über das zu benutzende Beweismittel nöthig und kann der Schiedseid daher nur gemeinsam, oder überall nicht deferirt werden, und müßte derselbe im Relationsfall von allen Litisconsorten geleistet werden, denn Litisconsorten sind weder „eine juristische Person, noch kann der Eid des Einen den Andern anders zu Gute kommen, als wenn Correalverhältnisse unter ihnen stattfinden" (Anz. 1842, S. 358). Jedoch auch hier kann der Einzelne sich von beiderlei Verbindlichkeiten befreien, wenn er, selbstverständlich unter Kostenerstattung, vom Processe zurücktritt, was ihm jeder Zeit freisteht (auch Anz. 1856, S. 136). Bei Correalverhältnissen gestaltet sich, wie oben angedeutet, die Sache etwas anders. Sämmtliche correi, welche klagend auftreten, müssen zwar sich gleichfalls über die Eidesdelation einigen, aber im Relationsfall „muß es nach anerkannten Rechtsgrundsätzen genügend erscheinen, wenn die Ableistung des Eides durch Einen der correi geschieht, und selbst, wenn Einige der correi die Eidesleistung verweigerten, so würden die nachtheiligen Wirkungen hiervon durch die Leistung des Eides von Seiten eines correi wieder gehoben werden" (Anz. 1844, S. 160), weil eben die Existenz der una obligatio dadurch dargethan wäre. Beispielsweise sei hier erinnert an das Verhältniß des Hauptschuldners und des selbstschuldigen Bürgen; an das von Mitgliedern einer societé collective, in deren Natur die rechtliche Untheilbarkeit des rechtlichen Interesses sämmtlicher Mitglieder begründet ist, hinfolglich auch sowohl nach den bei correis zur Anwendung kommenden Grundsätzen des Römischen Rechts (l. 28 D. de jurejurando), als nach „der Natur der Sache, die Ableistung des — Eides nur von Einem Mitgliede der Gesellschaft gefordert werden kann; — die Zulassung mehrerer Theilnehmer der Gesellschaft zum Eide, bei verschiedenem Ausfall der Eidesdelation, einen nicht aufzulösenden Widerspruch zur Folge haben könnte", weil nämlich ein Jeder durch seine Handlung die gesammte Vermögensmasse liberirt und verpflichtet (Anz. 1841, S. 107).

Singularsuccessoren, Cessionare, nicht weniger Haupt- und Nebenintervenienten sind (letztere jedoch selbstverständlich nur beziehungsweise) domini litis, und wenn den Letztgenannten auch nur solche Proceßhandlungen gestattet sind, welche zur Zeit der Intervention die Hauptpartei selber noch vornehmen darf (Anz. 1850, S. 45 O. A. G.), so gehört zu diesen Proceßhandlungen doch auch die Eidesdelation. Ein Mandatar ist aber nicht dominus litis, er kann nur den Eid deferiren, wenn die Vollmacht speciell darauf lautet, und enthält bekanntlich das in der Landgerichtsordnung enthaltene Formular einer Proceßvollmacht auch einen betreffenden Passus. Im Relationsfall kann aber heut zu Tage der Mandant nicht durch den Mandatar den Eid leisten lassen (Anz. 1853, S. 188 O. A. G.). Testamentsexecutoren, die allerdings als die ausschließlichen Vertheidiger der letztwilligen Verfugungen des Testators anzusehen sind (Anz. 1840, S. 70 O. A. G.) und daher in Bezug auf Form und Inhalt des Testaments zum Processe legitimirt erscheinen (Anz. 1854, S. 13), weil sie Mandatare sind (Anz. 1854, S. 275, 1852, S. 254), können jedoch immer erst dann legitimirt erscheinen, wenn die Masse von den instituirten Erben angetreten worden (Anz. 1854, S. 266), oder nach Erklärung der Erben jede gerichtliche Einmischung in die Regulirung des Nachlasses ausgeschlossen ist (Anz. 1852, S. 179, № IX. H. L. G.). Darnach ergiebt sich auch, wann Testamentsexecutoren zur Eidesdelation befugt sind. Wer aber hat im Relationsfall den Eid zu leisten? die Executoren oder die Testamentserben? Das Richtigere ist, die Letzteren, soweit sie die Erbschaft angetreten haben, als die Schwurpflichtigen zu bezeichnen. Eine analoge Entscheidung werde ich weiter unten anführen.

Diejenigen Personen, denen die persona in judicio standi abgeht, werden durch Tutoren und Curatoren vertreten. Fuchs in seiner introductio II. 6, 1 sagt, die Unmündigen hätten zwar nicht legitima pers. in jud. standi, aber es stehe doch dem tutor frei, utrum ipse suscipere judicium malit, an pupillum exhibere, ut ipso auctore judicium suscipiatur, exceptis his, qui fari non possunt. Auch Francke, Proceß, I. S. 198, hat gegen letztere Form nichts einzuwenden, räumt aber ein, daß das Auftreten des Vormundes tut. noie. in Holstein gebräuchlicher, und in Schleswig ausschließlich in Gebrauch sei. Wie

dem sei, jedenfalls ist „der Vormund, wenn derselbe sich gleich durch Eidesdelation, wie durch jede Disposition, verantwortlich machen kann, doch bekannten Rechten nach zur Proceßführung und Eidesdeferirung für seinen Pupillen vollständig legitimirt und berechtigt, welche Regel nur dann eine Beschränkung leidet, wenn es sich um ein streitiges Immobile handelt" (Anz. 1853, S. 225; Forchhammer, Vormundschaft, S. 69 ff.). Denn im letzteren Fall ist die Genehmigung der Obervormundschaft wie zur Proceßführung überhaupt, so im Besonderen zur Delation des Eides erforderlich. Gleiches gilt von Curatoren. Insbesondere wird der **curator massae** in Folge der Vergleichsnatur des Eides nur mit Genehmigung der Gläubiger, **event.** des Concurs- oder auch Erbtheilungsgerichts, den Eid deferiren dürfen. Im Relationsfalle sind selbstverständlich Vormünder und Curatoren **in qual. qua** die Schwurpflichtigen, und wenn z. B. der Vormund des unehelichen Kindes gegen den Stuprator auf Alimentation klagt, so ist, wenn Beklagter den über den zeitgemäßen Beischlaf zugeschobenen Eid referirt, nicht die **stuprata**, sondern der **tutor** zur Eidesleistung berechtigt wie verpflichtet (arg. Anz. 1855, S. 195 H. u. O. A. G., wo diese Aeußerung in Bezug auf einen erkannten Erfüllungseid gemacht ward). Vertreter juristischer Personen sind, resp. mit oder ohne höhere Genehmigung, zum Processe, wie zur Eidesleistung, legitimirt. Wie es im Relationsfall mit der Schwurpflichtigkeit zu halten, darüber später, indem diese beim Delaten sich in gleicher Weise ergebende Frage hier zu erörtern ist.

Das gemeine Recht stellt endlich noch ein paar Fälle auf, in denen eine Relation des zugeschobenen Schiedeseides überall unzulässig sein soll. Die Fälle sind enthalten in **l. 12 D. 25, 2 (actio furti), l. 11, 1, 3, l. 13 D. eod. (actio rerum amotarum), c. 36 X. 2, 24 (actio famosa).** Gegen eine durchaus unberechtigte Ausdehnung dieser Fälle erklärt sich nicht nur u. A. Bayer, Proceß, S. 524, sondern auch unsere Gerichte (cf. Anz. 1853, S. 188 H. u. O. A. G.; vgl. weiter unten § 4 a. E.)

(Die Fortsetzung folgt.)

Entscheidungen.

Der Verpächter eines Grundstückes hat den Zufall zu tragen, durch welchen dem Pächter der ihm contractlich zugesicherte Gebrauch desselben entzogen wird. — Die für Zeitpachtverhältnisse wegen Remission der Pacht geltenden Grundsätze finden auf Erbpachtsverhältnisse keine Anwendung. — Ein in der Replik erst gestellter Antrag auf Zuerkennung von Verzugszinsen findet keine Berücksichtigung.

In Sachen des Erbpachtsmüllers Louis v. Pein in Uetersen, Imploraten und Supplicanten, wider die Frau Priörin von Rantzau in Uetersen, Namens des adeligen Convents daselbst, Klägerin und Supplicatin, hauptsächlich wegen schuldiger halbjähriger Erbpacht von 800 ℳ R.-M.,

ergeben die Acten:

Nach Inhalt des zwischen dem Kloster Uetersen und dem Erbpachtsmüller Louis v. Pein bestehenden Erbpachtscontracts über die im Flecken Uetersen belegenen Mühlen, s. w. d. a. hat der Erbpächter halbjährlich am Tage nach Michaelis und Ostern einen Canon von 800 ℳ in Erbpacht an das Kloster zu erlegen, und ist in Betreff der Stundung oder Remission des Canons in den §§ 6 und 10 des Erbpachtscontracts folgende Bestimmung enthalten:

> Die durch etwanige Kriegsüberzüge oder andere Landplagen entstehenden Schäden hat Erbpächter ebenfalls aus eigenen Mitteln zu tragen, ohne dazu eine Beihülfe des Klosters zu gewärtigen, indem er gleichfalls auf eine Ermäßigung oder Remission in dem Canon unter keinerlei Umständen einen rechtlichen Anspruch hat. Imgleichen wenn im Verlaufe der Zeit durch ein allgemeines Landesgesetz eine Veränderung in Ansehung der jetzigen Zwangsgerechtsame der Müller oder der zu denselben zu leistenden Hand- und Spanndienste vorgenommen würde oder dieselben gänzlich aufgehoben würden, so hat Erbpächter sich solches gegen diejenige Vergütung, welche den andern Mühlenbesitzern gesetzlich zuerkannt werden wird, gefallen zu lassen.

In Veranlassung der Weigerung des Erbpächters, die für das halbe Jahr von Ostern bis Michaelis 1855 fälligen 800 ℳ Erbpachtsgelder zu bezahlen, ist demselben auf Anhalten der Priörin, Namens des adeligen Convents, von der klösterlichen Obrigkeit un-

term 2. Octbr. 1855 anbefohlen worden, die zu Michaelis f. J. fällig gewesene halbjährige Erbpacht mit 800 ℛ N.-M. unfehlbar innerhalb 4 Wochen an die Klosterkasse zu bezahlen und innerhalb gleicher Frist die Kosten zu erstatten.

Gegen dieses Mandat excipirte Implorat, daß ihm die Einzahlung der eingeklagten Erbpacht unmöglich geworden, weil der ihm von dem Kloster übertragene Mühlenzwang gesetzlich aufgehoben, die für diese Aufhebung zugesicherte Entschädigung ihm aber nicht zu Theil geworden, vielmehr in Folge der Allerhöchst angeordneten Sistirung des Entschädigungsverfahrens in ungewisse Ferne gerückt sei. Implorat, indem er zu deduciren sich bemüht, daß dieses Ereigniß als ein **casus** zu betrachten sei, der den Obereigenthümer so gut treffe, wie den Erbpächter, und letzterer daher zu der in Anspruch genommenen Zahlung rechtlich nicht gehalten sein könne, so lange ihm die gesetzlich zugesicherte Entschädigung für den aufgehobenen Mühlenzwang nicht zu Theil geworden sei, bat mit Rücksicht hierauf um Wiederaufhebung des Mandats vom 4. October **ref. exp.**

Nach schriftlicher Replik, in welcher von Seiten des klägerischen Klosters die Exceptionalbehauptung zu entkräften gesucht und zugleich auch Zahlung von Verzugszinsen von dem Verfalltage der eingeklagten Erbpacht geltend gemacht worden, und nach hierauf eingezogener Duplik hat die klösterliche Obrigkeit unterm 14. Novbr. 1855 zum Bescheide ertheilt:*)

> daß das Mandat vom 4. Octbr. f. J. aufrecht zu erhalten, Implorat daher schuldig, die eingeklagten 800 ℛ N.-M. nebst Verzugszinsen, von der Insinuation dieses Mandats angerechnet, und die veranlaßten Kosten, bei Vermeidung der Pfändung, innerhalb 14 Tage zu bezahlen, sowie binnen gleicher Frist die veranlaßten Kosten von 7 ℛ 10 ß und 2 ℛ 1 ß zu erstatten.

Gegen diesen Bescheid hat Implorat supplicirt und darüber gravaminirt:

1) daß das Mandat vom 4. Octbr. nicht wieder aufgehoben, **event.**
2) daß Implorat zur Zahlung von Verzugszinsen, sowie der Kosten der Replik schuldig erkannt worden.

*) Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß die eingeklagte Schuld von dem Imploraten anerkannt und nur die Einrede des **casus** vorgeschützt wird, mithin die Schuld an sich liquide ist;

in Erwägung, daß die von dem Imploraten angezogene Regierungsmaaßregel nicht als ein **casus** zu betrachten, von dem Imploraten auch nicht dargethan ist, daß er seine Entschädigungsansprüche zur rechten Zeit geltend gemacht habe.

Es steht demnach zur Frage, ob zur Aufhebung des Mandats vom 4. Octbr. 1855 rechtlicher Grund vorgelegen, **event.** ob die geschehene Verurtheilung des Supplicanten zur Erstattung von Verzugszinsen und der Kosten der Replik für gerechtfertigt zu erachten?

In Erwägung nun, daß, wenn auch allerdings nach geltenden Rechten der Verpächter eines Grundstücks denjenigen Zufall zu tragen hat, durch welchen dem Pächter der ihm contractlich zugesicherte Gebrauch des Pachtstücks entzogen wird und als **casus** insbesondere auch Maaßnahmen der regierenden Gewalt angesehen werden,

l. 3 loc. cond., l. 11 de evict.,

doch abgesehen von der nach der Ansicht der bewährtesten Rechtslehrer zu verneinenden streitigen Rechtsfrage, ob die für Zeitpachtverhältnisse wegen Remission der Pacht geltenden Grundsätze auf Erbpachtsverhältnisse überall Anwendung finden, die speciellen Bestimmungen des zwischen dem Kloster und dem Supplicanten errichteten Erbpachtscontracts es außer allem Zweifel stellen, daß der Erbpächter den durch die Zwangsrechtsentziehung verursachten Schaden allein zu tragen hat, indem er sich darnach bei etwaniger Aufhebung des Zwangsrechts durch ein allgemeines Landesgesetz diejenige Vergütung gefallen lassen muß, welche den andern Mühlenbesitzern gesetzlich zuerkannt werden wird, und mithin die erste Supplicationsbeschwerde als völlig unbegründet sich darstellt;

in Erwägung, daß dagegen, die zweite Beschwerde anlangend, Verzugszinsen so wenig wider den Supplicanten eingeklagt, als ihm die Zahlung derselben in dem Mandate vom 4. Octbr. 1855 zur Pflicht gemacht worden ist, und es deshalb, da der in der Replik gestellte Antrag auf Verurtheilung des Supplicanten zur Zahlung von Verzugszinsen als eine unzulässige **mutatio libelli** keine Berücksichtigung finden kann, sich nicht rechtfertigen läßt, daß der Supplicant in dem das erste Mandat bestätigenden geschärften Zahlungsbefehle zu der in jenem ihm nicht auferlegten Verbindlichkeit, Verzugszinsen zu zahlen, schuldig erkannt worden ist;

in Erwägung, daß, wenn demnach in Gemäßheit der zweiten Beschwerde das angefochtene Mandat nur unter Wegfall der darin erkannten Verurtheilung des Supplicanten zur Zahlung von Verzugszinsen wird bestätigt werden können, demnach zur Absolvirung desselben von der Erstattung der Kosten der Replik deshalb ein genügender Grund nicht vorliegt, weil die Replik der Hauptsache nach eine Widerlegung der Exceptionalbehauptungen enthält und in Folge des darin beiläufig erhobenen Antrags auf Zahlung von Verzugszinsen eine irgendwie in Betracht kommende Kostenvermehrung nicht eingetreten ist, wogegen die Compensation der in dieser Instanz erwachsenen Kosten mit Rücksicht darauf zu erkennen sein wird, daß die er-

folgte, nicht gerechtfertigte Verurtheilung des Supplicanten zur Zahlung von Verzugszinsen demselben zur Einlegung eines Recurses gegründete Veranlassung gegeben hat,

wird auf die **sub præs.** den 5. Decbr. 1855 hieselbst eingereichte vorrubricirte Supplicationsvorstellung, nach eingezogener Gegenerklärung, **sub præs.** den 7. Jan. d. J., und nachdem vom Supplicanten durch fernere **sub præs.** den 26. Febr. d. J. eingegangene Vorstellung die geschehene Interposition des zur Hand genommenen Rechtsmittels docirt worden, von Obergerichtswegen hiemittelst zum Bescheide ertheilt:

> daß das angefochtene Mandat der klösterlichen Obrigkeit vom 14. Novbr. 1855, jedoch unter Wegfall der darin enthaltenen Auflage an den Supplicanten zur Zahlung von Verzugszinsen, zu bestätigen, unter Compensation der Kosten dieser Instanz.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 3. April 1856.

Pactum reservati dominii. — Umschreibung im Schuld- und Pfandprotocoll gehört nicht zu den Erfordernissen des Eigenthumserwerbes. — Personalservitut; sie kann unter einer Resolutivbedingung, sowie mit Beschränkung der Dauer auf bestimmte Zeit constituirt werden. — Einrede der Litispendenz. — Die für die Supplication im vaterländischen unbedingten Mandatsproceß, § 9 der Verordnung vom 25. Juli 1781 vorgeschriebene dreiwöchige Introductionsfrist leidet auf das Exmissionsverfahren keine Anwendung.

In Sachen des Einwohners Dodo Sieben in Alveslohe, Imploraten, jetzt Supplicanten, wider den Rittmeister a. D. v. Dassel daselbst, Imploranten, jetzt Supplicaten, wegen angeblich schuldiger Räumung einer Kathe, daher Exmission, jetzt Supplication wider den Bescheid des Justitiariats vom 18.21. Juni v. J.,

ergeben die Acten:

Der gegenwärtige Supplicant, der Eingesessene Dodo Sieben in Alveslohe, verkaufte im Jahre 1851 an den Kirchspielvogt Jägermeister Völkers, damals Besitzer mehrerer Landstellen in Alveslohe, seine daselbst belegene Hofstelle Nr. 9, wobei in dem Kaufcontract bestimmt ward, daß der vorläufig creditirte Rest der Kaufgelder, zum Betrage von 10,000 ℔ v. Cour., jetzt 5333 ℛ 32 β R.-M., für den Verkäufer, wenn er im Besitze der Stelle verbliebe und die Zinsen prompt bezahle, 5 Jahre unaufkündbar stehen bleiben solle. Daneben reservirte sich Verkäufer für die ersten 5 Jahre die freie und unentgeltliche Benutzung der zu der verkauften Stelle gehörigen Kathe nebst Gärten und Wiesenhof und des nöthigen Torfmoores, verpflichtete sich jedoch für den Fall, daß Käufer vor Ablauf der 5 Jahre den Rest der Kaufsumme auszahlen würde, die gedachte Kathe **cum pert.** zur freien Disposition zum nächstfolgenden 1. Mai abzuliefern.

Mittelst Contracts vom 25. Jan. 1854 verkaufte dann Völkers seine in Alveslohe belegenen Landstellen mit Einschluß der von Dodo Sieben gekauften an den Rittmeister a. D. v. Dassel, der sämmtliche Protocollate und namentlich auch jene 5333 ℛ 32 β R.-M. als eigene Schuld übernahm. Diese Forderung, worüber eine eigene Obligation von Völkers ausgestellt ist, welche abweichend von dem Kaufcontract beiden Theilen die halbjährige Kündigung freistellt, ließ dann v. Dassel dem Dodo Sieben unterm 29. Septbr. f. J. gerichtlich kündigen und offerirte zufolge Attestats der Gutsobrigkeit das Capital nebst Zinsen am 1. April v. J., die Annahme der Gelder ward aber verweigert, worauf die 5333 ℛ 32 β nebst den fälligen Zinsen in Preußischen Thalern **ad depositum** gebracht wurden.

Auf Antrag des Rittmeisters v. Dassel ist dann unterm 15.18. Mai v. J. dem Dodo Sieben von dem Cadener Justitiariate der Befehl beigelegt worden:

> die zu der Stelle des Imploranten Nr. 9 gehörende Kathe nebst Gärten, Wiesenhof und Torfmoor binnen 8 Tagen **ab ins.** dem Imploranten zur freien Disposition zu stellen und binnen gleicher Frist die Kosten zu erstatten.

Gegen diesen Befehl ist Implorat mit Einwendungen eingekommen, indem er vorstellig gemacht, daß es augenscheinlich ein dingliches Recht sei, welches er sich in dem mit Völkers abgeschlossenen Contract reservirt habe, daß dies aber des Weiteren auch aus der Protocollation hervorgehe. Der Implorat habe daher die Räumung der Kathe **c. pert.** nicht verlangen dürfen, bevor die Bedingung des Contracts die Zahlung der 5333 ℛ 32 β R.-M. erfolgt wäre, und wenn er sich nun statt dessen auf das **depositum** beziehe, so stehe ihm schon entgegen, daß bereits in einem andern noch anhängigen Proceß die Frage unter den Parteien ventilirt werde, ob das **depositum** rechtlich der Zahlung gleichzustellen sei, dieselbe Frage daher nicht auch noch in einem zweiten Processe zur Entscheidung gebracht werden dürfe. Eventuell müsse Implorant hier alles wiederholen, was er bereits in dem früheren Processe

vorgetragen, als namentlich, daß Implorat zur Kündigung nicht berechtigt gewesen, die Kündigung, wie sie geschehen, den Imploranten auch nicht habe verpflichten können und daß das Geld in ausländischer Münze deponirt sei, Implorat aber selbige nicht als Zahlung anzunehmen brauche.

In der eingegangenen duplicarischen Erklärung bestreitet Implorant die dingliche Natur des in Anspruch genommenen Rechtes der unentgeltlichen Benutzung der Kathe **c. pert.**, indem er darauf hinweist, daß im Contract dies Recht nicht als Servitut bezeichnet werde, die Absicht, eine Servitut zu constituiren, aber nicht präsumirt werden dürfe. Auch habe Völkers sich in dem mit dem Imploranten errichteten Contracte verpflichtet, die verkauften Landstellen frei von allen dinglichen Ansprüchen zu liefern, mit alleiniger Ausnahme der protocollirten Forderungen, und habe ein Proclam in der landüblichen Form extrahirt, auf welches das fragliche Nutzungsrecht nicht angegeben sei, wie dies nothwendig habe geschehen müssen, wenn es als dingliches Recht habe aufgefaßt werden sollen.

Das Cadener Justitiariat hat unterm 11. Juni v. J., Einwendens ungeachtet, das abgegebene Mandat bestätigt und unter Verurtheilung des Imploraten zur Kostenerstattung demselben aufgegeben, die Kathe **c. pert.** innerhalb 3 Tage zu räumen.

Gegen dies am 21. s. M. insinuirte Erkenntniß hat Implorat das Rechtsmittel der Supplication interponirt und in seiner **sub præs.** den 19. Juli v. J. eingereichten Supplicationsschrift insbesondere auch auszuführen gesucht, daß Supplicat sein Eigenthum an der qu. Landstelle nicht liquide gemacht, indem vielmehr aus den Anlagen des Mandatsgesuches hervorgehe, daß die Um- und Zuschreibung noch nicht erfolgt sei und daß Völkers sich das Eigenthumsrecht bis zum vollen Abtrage der Kaufgelder reservirt habe, wie denn auch wenigstens der Theil der Stelle, welchen Supplicant inne habe, dem Supplicaten nicht tradirt worden sei.

Seinen Antrag richtet Supplicant dahin:

> daß, unter Beseitigung der **sent. a qua**, das Mandat vom 15. Mai v. J. wieder aufgehoben, Supplicat zur Erstattung der **in inferiori** erwachsenen Kosten, das **jud. a quo** aber zur Erstattung der Kosten der Supplicationsinstanz möge schuldig erkannt werden.

In der eingezogenen Gegenerklärung wird die **exceptio desertae supplicationis** opponirt, weil die Supplicationsschrift nicht in Gemäßheit der Verordnung vom 25. Juli 1781 (§ 9) innerhalb der dreiwöchigen Introductionsfrist eingereicht worden. Da jedoch diese Vorschrift sich nur bezieht auf das in der gedachten Verordnung näher normirte Verfahren in liquiden Schuldsachen und im Allgemeinen für die Supplication eine vierwöchige Prosequirungsfrist zur Anwendung kommt, so wird die dreiwöchige Introductionsfrist als Ausnahme von der Regel nicht extendirt werden dürfen auf den auf den Grundsätzen des gemeinrechtlichen Mandatsverfahrens beruhenden Ermissionsproceß. Die innerhalb 4 Wochen introducirte Supplication ist also rechtzeitig prosequirt, und steht es daher zur Frage:

> ob die gegen den abgegebenen Ermissionsbefehl vorgebrachten Einwendungen für begründet zu erachten?

In Erwägung nun, daß nach dem in Holstein geltenden, in dieser Beziehung auch nicht abgeänderten gemeinen Recht die Um- und Zuschreibung im Schuld- und Pfandprotocolle nicht zu den nothwendigen Bedingungen des Eigenthumserwerbs gehört,*) die in dem Kaufcontract des Supplicaten enthaltene Clausel: „Bis zur Bezahlung der stipulirten Kaufgelder reservirt sich Verkäufer das Eigenthumsrecht" aber nicht in dem Sinne verstanden werden darf, als wenn erst nach erfolgter Bezahlung der creditirten Kaufsumme das Eigenthum auf den Käufer übergehen solle, indem sonst diese Clausel mit dem übrigen Inhalt des Contracts in Widerspruch treten würde und eben deshalb anzunehmen steht, daß mit dem erwähnten Zusatz nur eine den Rückfall des Eigenthumsrechts für den Fall der Nichtzahlung der creditirten Kaufgelder vorbehaltende Resolutivbedingung beabsichtigt worden ist;**)

---

*) cf. Jahrg. 1843 d. Anz., S. 236; Jahrg. 1846, S. 271. Nur in einzelnen Districten, wie z. B. in Dithmarschen, geht das Eigenthum zufolge specieller Gesetzesvorschrift nur mit der Um- und Zuschreibung (in Dithmarschen in dem s. g. Umschreibungsprotocolle) über. Früher ist die Praxis schwankend gewesen, cf. Jahrg. 1837 d. Anz., S. 206, wo für das Gebiet des Sachsenspiegels die Um- und Zuschreibung als Bedingung des Eigenthumserwerbes aufgestellt wird.

**) Es ist bekanntlich streitig, ob das pactum reservati dominii als Suspensiv- oder als Resolutivbedingung aufzufassen sei. (cf. Vangerow I, 500.) Seinem Wortsinne nach enthält es unverkennbar mit innerer Nothwendigkeit eine Suspensivbedingung (vgl. Puchta, Vorlesungen, §. 148). Dennoch wird die Clausel, „der Verkäufer behalte sich das Eigenthum vor, bis der Kaufpreis vollständig berichtigt sei," meistentheils in entgegengesetztem Sinne, als ein vollkommener Ausdruck für die Absicht, daß der Rückfall des Eigenthums zur Sicherung des Kaufpreises vorbehalten bleiben solle, vorkommen. Es liegt dies schon darin, daß in der Regel eben nur die Sicherstellung des Kaufpreises bezweckt wird, und wenn auch der Inhalt des einzelnen Contracts entscheidend sein muß, so wird doch überall, wo der Contract zu erkennen giebt, daß das Eigenthum sofort auf den Käufer übergehen solle, die hinzugefügte reservatio dominii in solchem Sinne aufgefaßt werden müsse, weil sonst die Clausel: „Käufer reservirt sich das Eigenthum, bis ꝛc." mit dem übrigen Contractsinhalt in Widerspruch treten würde.

Vgl. Seuffert, B. X, S. 25.

in Erwägung, daß, was ferner die Frage anlangt, ob das in dem Contracte des Supplicanten reservirte Nutzungsrecht als ein persönliches oder als ein dingliches Recht anzusehen ist, zwar die stattgehabte Protocollation dieses Contracts die rechtliche Natur des constituirten Rechtes nicht hat ändern und ein persönliches Recht nicht in ein dingliches hat verwandeln können, daß aber, da zufolge des Contracts das Eigenthum nur mit der Beschränkung, welche das reservirte Nutzungsrecht in sich schließt, auf den Käufer übergegangen, es keinem Zweifel unterliegen kann, daß eine Personalservitut constituirt worden ist, wie es denn auch der Natur eines solchen Rechtes nicht widerstreitet, daß das Fortbestehen desselben auf einen bestimmten Zeitraum beschränkt, auch schon vor Ablauf desselben mit dem Eintritt einer stipulirten Resolutivbedingung seine Endschaft erreichen kann, indem der Ususfructus durch Vertrag sowohl, wie durch Legat, mit einer Resolutivbedingung und unter Begrenzung der Dauer auf eine bestimmte Zeit gültig constituirt werden kann,*) cf.

l. 16 quibus mod. ususfr.,
l. 37 de ususfr.,
l. 6 de usu et ususfr.,
l. 5 et l. 12 C. de ususfr.;

in Erwägung, daß, was ferner die vom Supplicanten eingeräumte Nichtanmeldung seines Nutzungsrechts auf ein beim Weiterverkauf der Stelle von dem Supplicaten extrahirtes Proclam betrifft, die Annahme des Supplicaten, daß dadurch das Nießbrauchsrecht des Supplicanten untergegangen sei, nicht gerechtfertigt erscheint, da aus den Acten nicht erhellet, wie das Proclam gelautet hat, und um so weniger vorausgesetzt werden darf, daß selbiges auch das in Frage stehende Recht zur Anmeldung aufgefordert habe, da der Zweck der Erlassung desselben doch eben nur in der Sicherstellung gegen etwanige ungewisse, nicht aus dem Schuld- und Pfandprotocolle sich bereits ergebenden dinglichen Rechte hat bestehen können;

in weiterer Erwägung, daß, wenn sonach Supplicat nur durch Bezahlung der protocollirten Forderung von 5333 ℔ 32 ß R.-M. das Aufhören des Nutzungsrechts des Supplicanten schon vor Beendigung der festgesetzten fünfjährigen Dauer in Gemäßheit der betreffenden Contractsbestimmung hat erwirken können, die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites nur weiter noch von der Frage abhängig erscheint, ob das Depositum so, wie es beschafft worden, rechtlich der Zahlung gleichzustellen ist, indem die vom Supplicanten vorgeschützte Einrede der Litispendenz offenbar alles Grundes ermangelt, da es sich in dem gleichzeitig anhängigen Proceß, betreffend die Delirung der protocollirten Forderung, um einen andern Gegenstand handelt, wie in dem jetzigen, und selbstverständlich keine Partei in der Wahrung ihrer Rechte dadurch beschränkt werden darf, daß bei der gerichtlichen Geltendmachung desselben die nämliche Frage zur Erörterung gebracht werden muß, die schon in einem bereits obschwebenden, jedoch ein anderes Object betreffenden Proceß unter denselben Parteien der richterlichen Entscheidung unterliegt;

in Erwägung endlich, daß, da Supplicant nach Vorschrift des Patents vom 11. Februar 1854 Preußische Thaler als Zahlung anzunehmen nicht verbunden ist, die in dieser Münzsorte beschaffte Deponirung des Capitals nebst Zinsen der Zahlung rechtlich nicht gleichgestellt werden darf, der abgegebene Ermissionsbefehl hinfolglich aufzuheben ist, während eine Kostencompensation in der Betrachtung ihre Rechtfertigung findet, daß die Weigerung des Supplicanten, irgend welche Zahlung anzunehmen, eine völlig unberechtigte gewesen und es eben dadurch herbeigeführt worden, daß die Deponirung erfolgt ist, ohne daß es vorher zur Sprache gekommen, in welcher Münzsorte die Zahlung verlangt würde,

wird auf die sub præs. den 19. Juli v. J. hieselbst eingereichte vorrubricirte Supplicationsschrift, bei abschriftlicher Mittheilung der darüber eingezogenen Erklärung des Gegentheils, hiermittelst von Obergerichtswegen zum Bescheide ertheilt:

daß die Einrede der deserten Supplication als unbegründet zu verwerfen und unter Beseitigung der **sententia a qua** und Compensation der sämmtlichen auf diesen Rechtsstreit verwandten Kosten der unterm 15./18. Mai abgegebene Ermissionsbefehl wiederum aufzuheben sei.

Urkundlich 2c. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 25. März 1856.

Hier heißt es in einem vom Darmstädter Oberappellationsgerichte bestätigten Erkenntniß der Mittelinstanz aus dem Jahre 1853:

„— — —, indem das im Kaufvertrage beigefügte pactum reservati dominii, mag dasselbe auch im Zweifel eine Suspensivbedingung begründen, nur den Zweck hat, den Verkäufer wegen seiner Kaufschillingsforderung zu sichern, so daß er sich zur Realisirung unmittelbar an das Kaufobject zu halten und dasselbe unter Umständen zurückzufordern berechtigt erscheint. Jenes pactum erzeugt sonach bei dem Kaufvertrage nur ein eventuelles Recht des Verkäufers, sich wegen Realisirung seiner Kaufschillingsforderung an das Kaufobject zu halten und dasselbe zurückzuziehen in ähnlicher Weise, wie das Pfandrecht nur ein eventuelles Recht des Pfandinhabers durch Verkauf des Pfandes seine Befriedigung zu bewirken begründet."

*) cf. Glück, Pandecten IX, S. 360 u. 467.

Allerhöchst privilegirte
Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

29. Stück. Den 21. Juli 1856.

Das
Beweismittel des Schiedeseides.
Nach den Grundsätzen inländischer Praxis.
(Fortsetzung.)

§ 3.
Delat.

Wie nur die Partei den Schiedeseid deferiren kann, so kann auch nur dem Proceßgegner derselbe deferirt werden. Manche der vorhin für den Deferenten angegebenen Grundsätze kommen hier gleicher Weise zur Anwendung. Der Singularsuccessor, der Cessionar, Haupt- und auch Nebenintervenienten (letztere jedoch mit der in ihrer Stellung liegenden Beschränkung, vgl. Schmid, Handb., II., S. 334, N. 13) sind die rechten Beklagten. Der Mandatar handelt nur in fremdem Namen, kann nur bei vorhandener specieller Vollmacht sich über den Eid erklären, nicht aber denselben ableisten (Anz. 1853, S. 188 O. A. G.). Vormünder und Curatoren erklären sich und leisten den Eid in qual. qua. Nicht in lite befangene Personen sind weder zu dem Einen, noch zu dem Andern pflichtig; so z. B. nicht die Mutter des unehelichen Kindes, wenn dessen Vormund belangt worden ist (vgl. Anz. 1855, S. 195). In dem, Anz. 1842, S. 343, mitgetheilten Rechtsfall wollte das General-Zollkammer- und Commerz-Collegium den acceptirten Eid durch einen Coldinger Zollbeamten, der allerdings die beste Wissenschaft haben mochte, ableisten lassen. Das vormalige Schleswigsche Obergericht verwarf dies Verlangen, weil der einer Partei deferirte Schiedeseid nur von der Partei selbst zu leisten, und das gedachte Collegium nicht befugt sei, den ihm deferirten Eid durch einen nicht in lite befangenen Zollbeamten leisten zu lassen. (Uebrigens mag hier erinnert werden an den § 5 der schon gedachten Verordnung vom 9. Juli 1840.)

In Bezug auf Eheleute macht sich wieder die unitas personarum geltend, d. h. wenn auch die Ehefrau (nicht allein, sondern nur cum curatore marito) Partei sein kann, so ist sie doch nicht immer auch die schwurpflichtige Person; es genügt, daß Einer von den beiden Eheleuten den Eid leisten könne, und wer ihn leisten kann (z. B. de veritate der Mann, de credulitate die Frau), oder umgekehrt, oder beide nur de credulitate, ist der Schwurpflichtige; ob dem Manne uxor. noie., oder der Frau cum cur. marito deferirt wird, ist gleich. In dem, Anz. 1839, S. 55, mitgetheilten Rechtsfall hatte Klägerin cum cur. mar. geklagt; Beklagter sollte Beweis führen und deferirte den Schiedeseid über eine vom Ehemann Namens seiner Ehefrau vorgenommene Handlung und verlangte, daß nicht nur der Ehemann, der den Eid acceptirt hatte, sondern die Klägerin selber gleichfalls den Eid leiste, oder doch sich über den Eid erkläre. Das Holsteinische Obergericht verwarf diese Forderung als unzulässig. Der Ehemann sei durante matrimonio der alleinige Verwalter des Vermögens, daher zu jedem dieses Vermögen betreffenden Proceß legitimirt; also stets dominus litis, es wäre denn, daß er ausdrücklich erkläre, „die ihm gesetzlich zustehenden Administrationsbefugnisse mit Rücksicht auf den vorliegenden Proceß seiner Ehefrau zu übertragen." Daher konnte nur ihm der Eid deferirt werden, und er allein war der Schwurpflichtige. Aehnlich heißt es in den Anz. 1853, S. 40; der Umstand, daß der fragliche Eid (über eine Handlung des Mannes) nicht der supplicatischen Ehefrau selbst (die c. c. m. Implorantin gewesen), sondern ihrem curat. noie. assistirenden Ehemann deferirt worden, stehe der vorgeschützten Einrede (des vom Imploraten mit dem Manne geschlossenen Vergleichs) „nach hieselbst anerkannten processualischen Grundsätzen nicht im Wege, theils mit Rücksicht auf die unter Ehegatten bestehende unitas personarum, theils weil der Mann von Anfang an in Vertretung seiner Frau an dem Processe Theil genommen habe". In Fällen dagegen, wo die Ehefrau sich in Processen statt ihres Ehemannes eines Geschlechtscurators bedienen kann, ist sie selbstverständlich die allein in Betracht kommende Person; nur ihr c. c. kann der Eid deferirt werden, sie allein ihn leisten (vgl. Anz. 1837, S. 162 Schl.). Die in ungetrennten Gütern mit ihren Kindern lebende Wittwe ist gleichfalls die richtige Delatin; die ihr zur Assistenz in der Vormund-

schaft etwa beigeordnete männliche Person ist überall nicht Partei (vgl. Anz. 1856, S. 11).

Besondere Beachtung verdient die Frage, wer im Concursverfahren als der eigentliche Proceßgegner anzusehen sei. Abgesehen vom Cridar, der unter keinen Umständen Partei sein kann, kommen folgende Personen in Betracht: Die einzelnen Concursgläubiger, welche ihre Forderungen geltend machen wollen; der Contradictor, welcher das Begründetsein der Forderungen prüft, und der Massecurator, dem die Zusammenbringung und Erhaltung der Masse, aus der die Gläubiger zu befriedigen sind, obliegt. Rechtsstreitigkeiten nach mehrfachen Richtungen können demnach entstehen. Daß für die Streitigkeiten, die sich eben auf Zusammenbringung und Erhaltung der Masse beziehen, der Massecurator activ und passiv einzig und allein zum Processe legitimirt ist, ist nicht zweifelhaft; mag der Contradictor auch die einzelnen Processe führen, so fungirt er doch nur als Anwalt für den Massecurator. Demnach, wie der Massecurator zur Eidesdelation berechtigt ist (s. oben), so ist er auch der richtige Delat. Die Streitigkeiten, welche sich auf das Begründetsein der profitirten Forderungen beziehen, hat dagegen vorzugsweise der Contradictor als solcher zu führen. Das Holsteinische Obergericht (Anz. 1855, S. 203) hat in dieser Beziehung geäußert, „daß nach einer unbestrittenen und durchgreifenden Praxis im Fall einer vom Justificanten zur Hand genommenen Eidesdelation nicht der Contradictor, sondern der Massecurator als der schwurpflichtige Theil angesehen werde", ohne daß es darauf ankäme, ob in der Beweisantretungsschrift dieser auch als Gegner genannt worden. Es ist dies um so mehr hervorzuheben, als z. B. Schrader, Proceß, § 56, N. 6, lehrt, „dem Curator oder Contradictor könne weder ein Eid über die Richtigkeit, noch über die Priorität der Schuld zugeschoben werden"; während Schweppe, Concursproceß, § 132, den Contradictor als den schwurpflichtigen Delaten bezeichnet. Ob aber jene Aeußerung des Holsteinischen Obergerichts nicht in Etwas zu beschränken ist? In Prioritätsstreitigkeiten streiten die Gläubiger unter sich um den Vorrang; die dem Justificanten in solchem Fall gegenüber stehende Partei sind die durch seinen Anspruch leidenden Mitgläubiger, und das vormalige Schleswigsche Obergericht (Anz. 1838, S. 370) hielt daher auch in diesem Fall dafür, daß von dem Justificanten „lediglich den betheiligten Creditoren" der Eid deferirt werden könne, da der Contradictor hier „bloß Anwalt" sei und den Massecurator diese Streitigkeiten gar nicht angehen. *) Gleiche Grundsätze müssen übrigens gelten für Erbmassen, die unter gerichtliche Behandlung genommen worden sind. Auch hier hat der Contradictor keinerlei Dispositionsbefugniß über die Masse, weshalb ein von demselben geleisteter Eid ohne rechtliche Wirksamkeit wäre (Anz. 1851, S. 348), der Massecurator ist daher auch hier der richtige Delat; jedoch, der Lage der Dinge entsprechend, nur so lange, als nicht legitimirte Erben vorhanden sind. Wann immer dies der Fall, so treten die Erben, als nunmehrige domini litis, an die Stelle des Massecurators, können den diesem deferirten Eid acceptiren und werden zur Eidesleistung zugelassen (Anz. a. a. O.).

Beim Litisconsortium muß natürlich der eine Eidesdeferent allen Litisconsorten den Eid deferiren; alle Litisconsorten, sofern sie nicht etwa gänzlich vom Processe zurücktreten (Anz. 1856, S. 136), müssen sich darüber erklären und resp. nach geschehener Acceptation auch den Eid leisten (Anz. 1842, S. 359). Jedoch ist im letzteren Fall die pœna recusati nicht immer von gleichem Umfange. Wie nämlich Litisconsorten, die ein getheiltes Interesse verfolgen (das bereits oben angeführte Beispiel von Erben sei hier wieder in Erinnerung gebracht), sich verschieden über den Eid erklären können, so können auch die Einzelnen den acceptirten Eid abzuleisten sich weigern, ohne daß Solches für diejenigen, welche den Eid leisten, von nachtheiligem Einfluß wäre; von Streitgenossen mit ungetheiltem Interesse dagegen muß eine gemeinschaftliche Erklärung über den Eid erfolgen. Die Gründe dafür sind schon angeführt. Das ungetheilte Interesse läßt eine verschiedene Erklärung wegen des möglicher Weise alsdann verschiedenen Ausfalles des Streites nicht zu; sie müssen sich alle und zwar gleichlautend erklären, weil Litisconsorten keine juristische Personen sind, noch auch correi (vgl. Anz. 1842, S. 357). Waltet zwischen Litisconsorten ein solidarisches, oder auch Correalverhältniß ob, so genügt die Erklärung, die Eidesleistung des Einen für Alle, aber die Eidesverweigerung dieses Einen verpflichtet auch Alle (Anz. 1841, S. 107, 1844, S. 160). Auch hier sei an die früher erwähnten Beispiele erinnert.

Was nun juristische Personen anlangt, so ist von Bayer, Proceß, S. 512 (7. Aufl.), richtig hervorgehoben, daß die Frage nach der Erklärung über den deferirten, oder nach der Ableistung des acceptirten Eides alsdann keine Schwierigkeit habe, wenn die juristische Persönlichkeit nur Attribut einer einzelnen physischen Person ist, oder dieselbe einer Sache und Anstalt beigelegt ist, deren Rechte durch ein bestimmtes Individuum ausgeübt und verwaltet werden. Denn wäre hier auch höhere Genehmigung erforderlich, immer bleibt die eine physische Person zur Erklärung über den zugeschobenen Eid und resp. zu dessen Ableistung berechtigt wie verpflichtet. Weniger einfach ist die Sachlage, wenn die juristische Person aus mehreren physischen Personen besteht. Hier wird man vorerst

*) Es wird auch für das Holsteinische Proceßverfahren nicht zweifelhaft sein, daß in den Prioritätsstreitigkeiten, die den sonst schwurpflichtigen Massecurator gar nicht berühren, nur den betheiligten Creditoren der Eid deferirt werden kann. A. d. R.

folgende Grundsätze, als übereinstimmend von unsern Gerichten befolgt, aufstellen können. Zu unterscheiden ist zwischen einer **universitas inordinata** und **ordinata**. In allen Angelegenheiten der Letzteren, „welche den Vorstehern derselben (z. B. dem Magistrat der Stadt) überlassen sind, können nur diese, nicht auch die andern Mitglieder der Gemeinschaft, mit verbindlicher Kraft handeln" (Anz. 1842, S. 312 O. A. G.). Diesen Vorstehern wird daher der Eid deferirt, sie haben sich darüber zu erklären und im Fall der Acceptation ihn zu leisten. Bei einer **universitas inordinata** aber, wie es in der Regel z. B. die ländlichen Commünen sind, wird sämmtlichen Gemeindemitgliedern der Eid deferirt, und die Commüne in solcher Gesammtheit hat sich zu erklären. Indeß ist man darüber einig, daß weder in jenem noch in diesem Fall, sofern mehr als drei Magistrats- oder Commünemitglieder vorhanden sind, eine Eidesleistung sämmtlicher Mitglieder erforderlich sei. Es genügt, daß drei Mitglieder (Anz. 1842, S. 342 O. A. G.; 1851, S. 179), oder, wie das Oberappellationsgericht ein ander Mal (Anz. 1855, S. 192) sagt, zwei bis drei Mitglieder den Eid leisten. Auch das wird nicht wohl zu bestreiten sein, daß die Anordnung dieser Schwurmänner überhaupt zur Proceßdirection gehört, so daß also auch **ultra petitum** der Parteien desfällige Verfügungen vom Gerichte getroffen werden können, „wenn das Verfahren vermöge erhobener Beschwerde zu seiner Cognition kommt" (Anz. 1842, S. 343 O. A. G.). Welcher Partei steht nun aber die Auswahl dieser Mitglieder zu? Das Oberappellationsgericht äußert in dem schon mehrfach angezogenen Rechtsfall (Anz. 1842, S. 342 ff.), daß nicht die Commüne, sondern der Gegner die Wahl habe. Freilich beschränkt es diese Wahl in Etwas. Da nämlich der Beschluß der Commüne, den Eid leisten zu wollen, durch Stimmenmehrheit zu Stande kommt, so können diejenigen Mitglieder nicht zur Eidesleistung pflichtig sein, welche gegen die Annahme des Eides gestimmt haben. Die aber, welche für die Acceptation gestimmt haben, sind auch sämmtlich pflichtig, den Eid zu leisten, weil sie, wie das Oberappellationsgericht sagt, bei der Abgabe ihrer Stimme resp. wissen und glauben müßten, daß das zu Beschwörende wirklich begründet. Der Proceßgegner könnte also von allen diesen die Leistung des Eides fordern, wenn nicht in Gemäßheit der bestehenden Vorschriften (gemeint sind wohl u. A. l. 97 **D.** 35, 1, Landfrieden von 1521 **Tet.** 17 § 9 u. R. K. G. O. 1555 **II.** 10, 1) über die Vermeidung überflüssiger Eide bloß eine beschränkte Anzahl von Schwurmännern auszuwählen wäre, um für die Gesammtheit zu schwören. Die Auswahl aber könne dem Gegner nicht versagt werden, „da es hier nicht sowohl darauf ankommt, die größere oder geringere Sachkunde der Einzelnen gegen einander abzuwägen, als darauf, der Gegenpartei eine Gewähr dafür zu schaffen, daß diejenigen, welche durch ihre Stimmen für die Annahme des Eides ihren Glauben in Rücksicht des Streitpunctes an den Tag gelegt, in Wahrheit auch den Glauben hegen". Von diesem Princip gehe namentlich auch die R. K. G. O. 1555 **II.** 10, 1 aus. Wenn dann Einer der Erwählten zu schwören sich weigere, so müsse der Eid überhaupt als verweigert betrachtet werden. Mit dieser Aeußerung steht eine spätere desselben Gerichts (Anz. 1851, S. 182) wohl nicht im Widerspruch. In diesem Rechtsfall war das Eidesthema u. A. dahin normirt, daß die Schwurmänner, so lange sie sich in N. aufgehalten, sie selber und andere Eingesessene des Dorfes den streitigen Teich vor dem Jahre 1828 ungestört benutzt hätten. Unter den mit Zustimmung der Dorfschaft erwählten vier Schwurmännern hatte Einer aber erst nach dem Jahre 1828 in dem Dorfe zu wohnen begonnen, konnte also nicht wohl von jener Benutzung wissen, und weigerte sich, den Eid zu leisten. Das Holsteinische Obergericht meinte, daß alle bestimmten Schwurmänner den Eid leisten müßten, und daß, wenn von jenen Vieren Einer den Eid zu leisten sich weigere, dieser überhaupt als verweigert anzusehen sei. Das Oberappellationsgericht dagegen äußerte, daß, da jene Zustimmung der Dorfschaft von deren Anwalt hinsichtlich des einen nach dem Jahre 1828 Eingezogenen irrthümlich abgegeben worden, die Folgen dieses Irrthums aber durch Restitution beseitigt seien, und da überdies noch drei Schwurmänner geblieben, die Weigerung jenes Einen nicht in Betracht komme. Uebrigens handelte es sich hier um einen Erfüllungseid. Fällt während der Verhandlung über die Zahl der Schwurmänner Einer von ihnen weg, so kann die Zuläsſigkeit, einen neuen in Vorschlag zu bringen, nicht wohl bestritten werden (Anz. 1851, S. 180), mag man der einen oder andern Ansicht über die Zuständigkeit der Wahl folgen. Dies beiläufig. Die Hauptfrage betreffend, so sprach sich das Holsteinische Obergericht (Anz. 1842, S. 342) in entgegengesetzter Weise aus, nämlich: „daß zufolge der bis auf die neueste Zeit durch die Praxis der Gerichte anerkannten Theorie der Commüne das Recht zustehe, diejenigen Mitglieder, welche den von derselben acceptirten Eid leisten sollen, auszuwählen. Der Grund dieser Ansicht, der nicht ausgesprochen ist, liegt nahe, weil nämlich die Commüne selber am besten zu beurtheilen im Stande ist, welche ihrer Mitglieder nicht nur die ausreichendste Kunde von dem Streitobjecte haben, sondern sich auch zur Eidesleistung vorzugsweise qualificiren. Das Holsteinische Obergericht ist seiner Ansicht getreu geblieben (Anz. 1851, S. 179), in welchem Rechtsfall das Oberappellationsgericht dieser Ansicht mit Entschiedenheit beitrat, weil in den Gesetzen eine unzweideutige, bestimmte Entscheidung der Frage nach der Zuständigkeit der Wahl nicht angegeben sei, daß aber in der Holsteinischen Praxis, abgesehen von der einmaligen ent-

gegenstehenden Entscheidung des Oberappellationsgerichts, in allen zur Erörterung gekommenen Fällen, in welchen die Parteien sich nicht über die Wahl vereinigt hätten, so viel bekannt, stets der juristischen Person selbst das Wahlrecht zugesprochen sei, und daß, da auch die Theorie über jene höchst bestrittene Frage bis jetzt keine genügende begründete Entscheidung zu gewähren vermöge, die bisherige Praxis auch ferner zu beobachten sei. Gleichmäßig hat dasselbe Dicasterium (Anz. 1855, S. 192) wiederholt, daß der Eid durch von der beklagtischen Commüne zu wählende Schwurmänner abzuleisten. Dem Proceßgegner bleiben dabei etwa gegen die erwählten Schwurmänner zu erhebenden Einwendungen vorbehalten (vgl. Anz. a. a. O.). Demnach kann die Controverse für die inländische Praxis einstweilen als beseitigt erachtet werden. Doch ist nicht zu leugnen, daß die Gründe für die zuerst erwähnte Ansicht von überwiegendem Gewicht sind. Eine gewichtige Auctorität für diese Ansicht ist Savigny, System, Bd. VII. p. 59, der es für das Consequenteste hält, daß die Schwurmänner durch die freie Auswahl von Seiten des Gegners bestimmt werden (vgl. auch Schmid, Handb., II. S. 338 ff.).

Endlich sei noch des Meineidigen gedacht. Diesem kann der Eid deferirt werden; die Schwierigkeiten, welche sich hinsichtlich des Meineidigen als Deferenten ergeben, sind hier nicht vorhanden. Selbstverständlich kann er nicht den Eid leisten; aber der Referirung desselben, sowie der Gewissensvertretung, steht Nichts im Wege. (Die Fortsetzung folgt.)

Entscheidungen.

Rechtsfall, veranlaßt durch die in Folge einer Landveräußerung im Verhältniß von zwei Landstellen zu einander entstandene Steuerirregularität, und betreffend insbesondere die Frage: ob gegen den Besitzer des veräußerten Grundstückes, für welches von dem Eigenthümer der Landstelle, zu welcher dasselbe ursprünglich gehört hat, nach wie vor sämmtliche Realabgaben erhoben werden, dem Letzteren eine Klage zusteht auf Anerkennung der Verpflichtung zur Entrichtung sämmtlicher auf dem veräußerten Lande ruhenden Abgaben und Lasten.

In Appellationssachen des Eingesessenen Claus Gülck in Brande, Beklagten, jetzt Appellanten, wider den Eingesessenen Otto Rahmstorff daselbst, Kläger, jetzt Appellaten, wegen anzuerkennender Verpflichtung, die auf seinem Landbesitz seit 1813 lastenden Abgaben für sich zu zahlen, jetzt Appellation wider das Erkenntniß der Königl. Administratur zu Ranzau vom 18. Juli 1854,

ergeben die Acten:

Ein Vorbesitzer des Klägers, Namens Philipp Siemsen, hat von seiner $1\frac{1}{2}$ Hufe in Braude mittelst Contracts vom 5. December 1750 das Wohnhaus und bestimmte, zu der $\frac{1}{2}$ Hufe gehörige Ländereien, deren Areal nachmals bei Aufnahme des Landsteuerregisters zu 6 Steuertonnen veranschlagt worden ist, an Bendix Rehder veräußert, und ist dieser abgelegte Besitz gegenwärtig Eigenthum des Beklagten.

In dem Contracte vom 5. December 1750 ist zuvörderst bemerkt, daß die verkauften Objecte mit aller Freiheit und Gerechtigkeit, Unpflicht und Beschwerde übertragen würden, sodann aber insbesondere vereinbart worden:

> daß der Käufer oder künftige Besitzer die auf sothaner halben Hufe repartirten Teich- und Dammflagen alleine machen und unterhalten, das sogenannte Rechtgeld, wie auch die Kirchenauflagen bezahlen und sowohl die herrschaftlichen als Kirchenfuhren davon verrichten solle.
>
> Die Unkosten von der Einquartierung hingegen nebst der Kirchspiels- und Bieraccise, wie auch die Criminalgelder, den Kirchenroggen und was sonst an den Landausschuß in der 7. Lage zu bezahlen sei, wollen Käufer und Verkäufer zu gleichen Theilen abhalten.
>
> Im Uebrigen ist Käufer oder künftiger Besitzer schuldig und gehalten, dem Verkäufer oder künftigen Besitzer der vollen Hufe jährlich 8 ℛ Spec., nämlich auf Johannis 2 ℛ und auf Michaelis 6 ℛ, zu Hülfe zu geben.

Seit jenem Verkaufe ist der Besitz des P. Siemsen und seiner Nachwirthe im Ranzauer Schuld- und Pfandprotocolle nur noch als volle Hufe und der abgelegte Besitz des B. Rehder, sowie der Nachwirthe desselben als Kathenstelle aufgeführt, in den Steuer- und Hebungsregistern aber ist von dem erwähnten Landumsatze keine Notiz genommen, vielmehr die Siemsensche, jetzt dem Kläger gehörige Stammstelle noch immer als $1\frac{1}{2}$ Hufe aufgeführt.

Nur rücksichtlich der Bankhaft ist in Sachen der Vorbesitzer Otto Rahmstorff wider Tönnies Dammann von der Ranzauer Administratur unterm 14. Juni 1830 erkannt und in supplicatorio bestätigt worden, daß Dammann, der Besitzer der jetzt dem Beklagten gehörigen Stelle, schuldig sei, die von dem O. Rahmstorff berichtigten Bankzinsen zurückzuzahlen und für die Zukunft die von der auf seinen Ländereien haftenden Bankschuld von 28 Rbthlr. 77 ß alljährlich auf der Amtstube zu bezahlen.

Gestützt auf die vorstehenden thatsächlichen Prämissen hat Kläger bei der Ranzauer Administratur klagend vorgebracht, daß Beklagter aufs Neue versucht habe, sich auf Kosten des Klägers den seit 1850 nach dem Maaßstabe der Landsteuer auf sein Land fallenden Beiträgen zu Kriegslasten und Commüneanleihen zu entziehen. Regel sei, daß die realen Staats- und Commüneabgaben dem Lande verhältnißmäßig folgten, und aus dem Contracte vom Jahre 1750 lasse sich nur herleiten, daß beide Stellen gewisse hufenzählige Lasten der parcelirten ½ Hufe gemeinschaftlich tragen müßten. Aus dem stipulirten Hülfsgelde von 8 ℛ︀ Spec. jährlich folge gar keine Verpflichtung, dem Beklagten Lasten von der Hand zu halten, da dieser Grundzins als Ergänzung des Kaufpreises anzusehen sei, event. würde jedenfalls eine solche Verpflichtung nur auf die schon im Jahre 1750 existirenden Abgaben bezogen werden können, nicht aber auf Staats- und Commüneabgaben, denen der erst im laufenden Jahrhundert eingeführte Maaßstab der Steuertonne zum Grunde liege, wie dies denn auch in Ansehung der Bankzinsen bereits entschieden sei.

Beklagter sei demnach verpflichtet, die auf seinen Besitz nach Verhältniß von 6 Steuertonnen fallenden Abgaben selbst zu tragen, auch gemeinschaftlich mit dem Kläger die erforderlichen Schritte vorzunehmen, damit diese 6 Tonnen Landes im Steuerregister dem Kläger ab- und dem Beklagten zugeschrieben würden.

Unter Vorbehalt, das in den letzten Jahren für den Besitz des Beklagten an Abgaben indebite Bezahlte demnächst speciell geltend zu machen, richtete Kläger seinen Antrag dahin, daß Beklagter verurtheilt werden möge:

> die Verpflichtung anzuerkennen, die seinen zu 6 Steuertonnen angegebenen, von des Klägers Stelle abgelegten Landbesitz treffe, die seit 1813, ganz eventuell die seit der im Jahre 1830 ergangenen gerichtlichen Entscheidung demselben neu zugefallenen und ferner zufallenden und aufzulegenden Königl. und Communalabgaben und Lasten zu tragen und fortan zu erlegen, auch innerhalb 4 Wochen mit dem Kläger in geeigneter Weise zu bewirken, daß die beregten 6 Tonnen Landes in den betreffenden Registern von des Klägers Besitz ab- und dem seinigen zugeschrieben werden, ref. exp.

In seiner Exceptionsschrift hat Beklagter zuvörderst nachzuweisen gesucht, daß weder nach den Worten, noch nach dem Sinne des Contracts vom 5. December 1750 die stipulirten 8 ℛ︀ Spec. Hülfsgeld als eine Ergänzung des Kaufpretii aufgefaßt werden könnten. Siemsen habe die besten Ländereien der ½ Hufe behalten und mit seiner Vollhufe vereinigt, die an Rehder verkauften Antheile der ½ Hufe wären mit dem bedungenen Kaufpreise von 2550 ℔ v. Ct. reichlich bezahlt worden, und hiernach, sowie nach dem ganzen Zusammenhange des Contracts sei es unzweifelhaft die Meinung der Contrahenten gewesen, daß der Käufer Rehder und seine Besitznachfolger für das zu erlegende Hülfsgeld von allen anderen Abgaben und Lasten außer den speciell übernommenen beständig befreit bleiben sollten. In ähnlicher Weise hätten sich die Besitzer der Stammstelle, Siemsen und Nachfolger, eben weil sie dem Oeffentlichen gegenüber nach wie vor für die ½ Hufe verhaftet geblieben, von einer ferner ausgelegten Wiese und Kathe ebenfalls Hülfsgelder ausbedungen. Sodann wurden der Klage entgegengesetzt die Einrede des perversen petitums und der theilweisen Dunkelheit, geleugnet, daß Kläger Abgaben für den Beklagten bezahlt habe, und die Klage als unbegründet bestritten. Pervers sei das petitum, weil dasselbe nicht aus der versuchten Klagbegründung folge. Es sei darin beantragt, daß Beklagter die Verpflichtung anerkennen solle, alle seit 1813 event. seit 1830 und ferner dem Besitze desselben von 6 Steuertonnen zugefallenen und zufallenden Abgaben zu tragen, während doch die Klage von dem Contracte vom 5. Decbr. 1750 ausgehe und anerkenne, daß mindestens die nach Hufenzahl repartirten Abgaben und Lasten der Kläger auch für das Areal des Beklagten zu übernehmen schuldig sei, desgleichen sei das petitum darauf gerichtet, daß Beklagter mitwirken solle zu einer Ab- und Zuschreibung in den Steuerregistern, während doch aus dem Contracte gerade hervorgehe, daß Contrahenten auf Grund der Nichtumschreibung in den Steuerregistern sich vereinbart hätten und in der Klage zur Fundirung des widersprechenden Antrages nichts beigebracht sei.

Dunkel sei die Klage in Ansehung des auf die Vergangenheit seit 1813 event. 1830 sich beziehenden Anspruchs. Wenn damit Rückerstattung begehrt werde, so hätte die beschaffte Auslage specificirt auch nachgewiesen werden müssen, daß die Bedingungen der condictio indebiti vorhanden wären.

Der Ungrund der ganzen Klage ergebe sich denn daraus, daß nach dem Contracte vom Jahre 1750 die klägerische Stelle eben als die ½ Hufe, deren beste Ländereien auch bei derselben verblieben seien, habe ungetheilt verhaftet bleiben sollen, und für diese Solidumshaft durch die bedungenermaaßen von den Besitzern der beklagtischen Stelle fortwährend zu entrichtenden Hülfsgelder, sowie durch die contractliche Uebernahme der Fuhren ꝛc. entschädigt werde.

Möge eine solche Vereinbarung immerhin dem Fiscus gegenüber vielleicht keine Billigung finden, so stehe es doch den Contrahenten und deren Successoren nicht zu, sich auf solche Nichtigkeit gegen einander zu berufen, zumal wenn die bedungene und auch ausreichende Ersatzleistung gewährt worden sei.

Es ist demnach um Abweisung der Klage, event. angebrachtermaaßen, gebeten worden.

Re- et duplicando ist nichts Neues vorgebracht und darauf von der Ranzauer Administratur unterm 18. Juli v. J. erkannt worden:

> daß Beklagter, Einwendens ungeachtet, schuldig, die ihm als eigenthümlichem Besitzer der unterm 5. December 1750 von der klägerischen Stelle veräußerten, zu 6 Steuertonnen angegebenen Ländereien obliegende Verpflichtung zur Zahlung der von diesem Lande in Gemäßheit der Verordnung vom 15. Decbr. 1802 und 9. Decbr. 1813 abzuhaltenden und später nach demselben Repartitionsmaaßstabe ausgeschriebenen Königl. und Communalabgaben und Lasten in Beziehung auf die ihm gehörigen 6 Steuertonnen für die Zukunft als begründet anzuerkennen, auch demgemäß innerhalb 4 Wochen die Umschreibung dieser 6 Tonnen Landes in den betreffenden Steuerregistern von der Besitzung des Klägers auf den Namen des Beklagten in geeigneter Weise gemeinschaftlich mit dem Kläger nachzusuchen, im Uebrigen aber Kläger mit seinem Antrage auf Anerkennung der Verpflichtung zur Zahlung der gedachten, seit dem Jahre 1813, event. 1830 fällig gewordenen Abgaben von diesem Lande angebrachtermaaßen abzuweisen sei. *)

Gegen dieses Erkenntniß hat Beklagter das Rechtsmittel der Appellation eingewendet, rite prosequirt und dahin gravaminirt:

---

*) In den Entscheidungsgründen heißt es:

In Erwägung nun, daß die erhobene Klage, wenn darin gleich eine demnächstige Liquidation wegen der bisher für den Beklagten gezahlten Abgaben vorbehalten worden, zur Zeit doch nicht auf Rückerstattung dieser vermeintlichen Auslagen, sondern ganz allgemein auf Anerkennung desjenigen Verhältnisses, worauf eine solche Anforderung event. zu begründen sein würde, sowie auf Mitwirkung zu einer demgemäßen Rectification der Steuerregister gerichtet ist, und daß daher die Größe und Beschaffenheit der angeblich bisher von dem Kläger geleisteten Vorschüsse und die dem Beklagten gegen deren Zurückerstattung etwa zustehenden besondern Einwendungen zur Zeit nicht in Betracht kommen;

in Erwägung aber, daß darüber irgend ein Widerspruch zwischen den Parteien nicht obwoltet, daß die dem beklagtischen Vorwirthe veräußerten Ländereien in den Steuerregistern noch nicht von der klägerischen Stelle abgeschrieben worden, sowie, daß diese Ländereien s. Z. bei Ausschreibung der Grund- und Benutzungssteuer zu 6 Tonnen angegeben sind, woraus sich denn nach der bestehenden Steuerverfassung von selbst ergiebt, daß die auf diesen 6 Steuertonnen ruhenden, nach Erlassung der Verordnung vom 15. Decbr. 1802 und nach dem dieser Verordnung zum Grunde liegenden Maaßstabe später ausgeschriebenen Steuern und Abgaben von dem Kläger und dessen Vorbesitzern, auf deren Namen diese Ländereien im Steuerregister aufgeführt stehen, bisher mit abgehalten sind und in Entstehung einer desfälligen Rectification des Steuerregisters auch für die Zukunft mit würden abgehalten werden müssen;

in Erwägung sodann, daß die Natur derjenigen Realabgaben, welche, wie die Grund- und Benutzungssteuern und die übrigen, nach eben diesem Maaßstabe ausgeschriebenen Staats- und Communalabgaben, unmittelbar dem Landbesitze auferlegt sind, es mit sich bringt, daß, wenn gleich das Oeffentliche sich in dieser Beziehung nur an Denjenigen halten kann, der in den bezüglichen Steuerregistern als Inhaber des Steuerobjectes aufgeführt steht, die Verpflichtung zur definitiven Aufbringung dieser Steuern doch Denjenigen treffen muß, welcher sich wirklich im Besitze und im Genusse des der Steuer unterworfenen Landes befindet, daß daher in Ermangelung anderweitiger besonderer Einreden abseiten des Letzteren das Vorhandensein eines solchen Verhältnissen schon an und für sich einen rechtlichen Anspruch nicht bloß auf Wiedererstattung der für den fremden Besitz erlegten und dadurch dem Inhaber von der Hand gehaltenen Realabgaben, sondern auch, da in Entstehung desfälliger contractlicher Verpflichtungen Niemand gehalten ist, die Steuern und Abgaben für Andere vorzuschießen, auf eine dem wirklichen Sachverhalte entsprechende Rectification des Steuerregisters zu begründen geeignet ist;

in Erwägung, daß eine solche Rectification durch die Anerkennung des von dem Inhalte des Steuerregisters abweichenden Sachverhaltes als eines rechtlich bestehenden, sowie durch die Mitwirkung des Inhabers der fraglichen Ländereien zur Ab- und Zuschreibung in den öffentlichen Büchern bedingt wird und daß daher die erhobene Klage, in so weit sie auf die von dem Beklagten verweigerte Anerkennnng der rechtlichen Consequenzen des wirklich bestehenden Verhältnisses für die Zukunft und auf die Mitwirkung desselben zu einer damit übereinstimmenden Veränderung des Steuerregisters gerichtet worden, an und für sich unstreitig als in jure begründet zu betrachten ist, wogegen es dem ferneren Antrage auf eine rückwirkende Anerkennung dieses Verhältnisses seit dem Jahre 1813, event. 1830, da dieses Verlangen in Ermaagelung bestimmter daraus herzuleitender Entschädigungsansprüche eines jeden rechtlichen Interesses für den Kläger entbehrt, bei dem Vorhandensein solcher Ansprüche aber eine näher specificirte Angabe sowohl ihrer Beschaffenheit im Einzelnen, als des Zeitpunctes ihrer Entstehung erforderlich gemacht haben würde, allerdings an einer genügenden factischen Begründung fehlt und daß Beklagter daher insoweit mit der von ihm erhobenen Einrede der dunkeln Klage zu hören und Kläger angebrachtermaaßen mit diesem Antrage abzuweisen sein wird;

in Erwägung sodann, daß, den als an sich begründet aufrecht zu erhaltenden Theil der Klage anlangend, es bei dem Mangel aller in Beziehung auf die bestehenden factischen Verhältnisse obwaltenden Zweifel und Widersprüche einer weiteren Beweisauflage nicht erst bedarf, und da die dem Eigenthümer und Besitzer steuerbaren Landes obliegende Verpflichtung, die auf demselben ruhenden öffentli-

1) daß erkannt, wie geschehen, und nicht vielmehr Kläger und Appellat, gemäß dem in der Exceptionsschrift gestellten Antrage, mit seiner erhobenen Klage ab- und zur Ruhe verwiesen, event. doch mit derselben angebrachtermaaßen abgewiesen ist, ref. exp.; event.

2) daß Beklagter und Appellat schuldig erkannt ist, nicht bloß die ihm als eigenthümlichem Besitzer der unterm 5. December 1750 von der klägerischen Stelle veräußerten, zu 6 Steuertonnen angegebenen Ländereien obliegende Verpflichtung zur Zahlung der von diesem Lande in Gemäßheit der Verordnung vom 15. December 1802 und 9. December 1813 abzuhaltenden und später nach demselben Repartitionsmaaßstabe ausgeschriebenen Königl. und Communalabgaben und Lasten in Beziehung auf die ihm gehörigen 6 Steuertonnen für die Zukunft als begründet

---

chen Steuern und Abgaben selbst zu tragen, schon aus der Natur der Sache und der bestehenden Steuerverfassung hervorgeht, nur noch zur Frage stehen kann, inwiefern etwa in den zwischen Parteien bestehenden contractlichen Verhältnissen eine auf die hier streitigen Realabgaben bezügliche Ausnahme von dieser gesetzlichen Regel begründet sein möchte;

in Erwägung nun, daß, was diese Frage anbetrifft, der fragliche Kaufcontract vom 5. December 1750 zu einer Zeit errichtet worden ist, wo solche Abgaben, welche nach einer bestimmten bonitirten Landmaaße ausgeschrieben und daher unmittelbar vom Lande erhoben werden, dem Steuerwesen fremd waren; daß die hinsichtlich der Abgaben und Lasten zwischen den Contrahenten getroffene Uebereinkunft daher auch füglich nur die auf der halben Hufe *als solcher* ruhenden Abgaben und Lasten, wie selbige in dem Contracte speciell namhaft gemacht sind, hat vor Augen haben können, und daß, wenn es die Absicht gewesen wäre, daß die gedachte Vereinbarung auch auf alle künftigen, etwa nach einem von der Hufenzahl ganz verschiedenen Maaßstabe auszuschreibenden Steuern und Abgaben Anwendung leiden sollte, es hierzu einer ganz ausdrücklichen, ihrem Umfange und ihrer Bedeutung nach genau präcisirten Erklärung bedurft haben würde;

daß aber eine Bestimmung, wornach Verkäufer sich verpflichtet hätte, außer den ausdrücklich mit übernommenen und ganz speciell namhaft gemachten Abgaben und Lasten auch alle künftig etwa dem veräußerten Lande aufzuerlegenden anderweitigen Steuern zu tragen, nicht nur in dem vorliegenden Contracte gänzlich vermißt wird, sondern eine solche auch aus der Erlegung eines bestimmten Hülfsgeldes an die klagerische Stelle um so weniger herzuleiten steht, weil dieses Hülfsgeld, ganz abgesehen davon, inwiefern dasselbe nicht etwa die Natur eines eigentlichen Canons an sich tragen möchte, schon darin einen völlig genügenden Erklärungsgrund findet, daß Verkäufer seinen Grundbesitz wirklich zur Mitabhaltung gewisser, eigentlich der veräußerten Stelle allein obliegender hufenzähliger Abgaben und Lasten verpflichtet hat;

in Erwägung, daß die Frage, inwiefern die Größe dieses Hülfsgeldes der Bedeutung der ausdrücklich mit übernommenen Lasten entsprechen und der bedungene Kaufpreis, auch ohne Rücksicht auf diese jährliche Zahlung, nach den damaligen Zeitverhältnissen schon an und für sich als ein beträchtlicher anzusehen gewesen, nach der Natur der Sache eine erledigende Erörterung überhaupt nicht mehr zuläßt; daß aber selbst für den Fall, wenn die Beschränkung der getroffenen Uebereinkunft auf die ausdrücklich darin erwähnten hofzähligen Lasten wirklich eine Benachtheiligung der beklagtischen Besitzung herausstellen sollte, dieser Umstand doch keineswegs ausreichen würde, der Zahlung dieses Hülfsgeldes eine weitergehende Bedeutung beizulegen, indem der Regel gegenüber, wornach Jeder die ihn treffenden Abgaben selbst abzuhalten hat, eine Verpflichtung zur Tragung fremder Abgaben nur durch ganz unzweideutige contractliche Bestimmungen, nicht aber durch bloße Vermuthungen und mehrdeutige contractliche Anordnungen zu begründen steht;

in Erwägung, daß beklagtischer Vorbesitzer das fragliche Land vielmehr „mit Unpflicht und Beschwerden“ zum wirklichen Eigenthum übernommen hat, daß Beklagter daher auch alle dem Grundeigenthum als solchem auferlegte Steuern, hinsichtlich welcher in dem errichteten Kaufcontracte keine besondere Vereinbarungen getroffen sind, von dem in seinem Besitze befindlichen Lande abzuhalten hat, daß aber in dem vorliegenden Contracte nur hinsichtlich der hofzähligen Lasten besondere, zur Zeit nicht weiter zur Frage stehende Anordnungen getroffen sind und derselbe daher hinsichtlich der übrigen, erst später existent gewordenen und auf die Größe des bonitirten Grundbesitzes beruhenden Abgaben und Lasten nicht berechtigt ist, die Anerkennung seiner auf den bezüglichen allgemeinen Steuergesetzen beruhenden Zahlungsverpflichtung zum Nachtheile des Klägers zu verweigern; und

in endlicher Erwägung, daß, wenn gleich anzunehmen steht, daß diese von den *Contrahenten* keinenfalls anzufechtende Landveräußerung zu ihrer Gültigkeit dem Staate gegenüber, außer der ihr zu Theil gewordenen obrigkeitlichen, einer weiteren Genehmigung nach der damaligen Rechtsverfassung nicht bedurft haben wird, doch die gegenwärtig bestehende Ordnung des Steuerwesens eine Uebereinstimmung der Steuerregister mit dem wirklichen Besitzstande erforderlich macht und daß daher jeder steuerpflichtige Unterthan nicht nur dem Staate, sondern auch den dadurch betheiligten Privaten gegenüber verpflichtet ist, zur Beseitigung solcher liquide vorliegenden Unzutreffendheiten im Steuerregister mitzuwirken, welche das in seinem Besitze befindliche Grundeigenthum betreffen;

daß aber die bezügliche Rectification des Steuerregisters nach der bestehenden Geschäftsordnung die Eindringung eines gemeinschaftlichen Gesuchs der Betheiligten um Anerkennung der stattgehabten Landveräußerung und demgemäße Ab- und Zuschreibung des abgetrennten Landes in den Steuerregistern erforderlich macht.

anzuerkennen, sondern auch innerhalb 4 Wochen die Umschreibung dieser 6 Tonnen Landes in den betreffenden Steuerregistern von der Besitzung des Klägers auf den Namen des Beklagten in geeigneter Weise gemeinschaftlich mit dem Kläger nachzusuchen, und nicht vielmehr ein Antrag auf letztere Auflage an den Beklagten und Appellanten mindestens verworfen ist.

Nach verhandelter Sache steht demnach in Frage, ob die erhobene Klage, so weit derselben vom **judicio a quo** Statt gegeben worden, für begründet erachtet werden könne.

In Erwägung nun, daß, nachdem durch das vom Kläger nicht angefochtene Erkenntniß der Ranzauer Administratur die auf die Vergangenheit bezüglichen Ansprüche des Klägers in angebrachter Weise rechtskräftig abgewiesen worden sind, die Klage nur noch insoweit in Betracht kommt, als dieselbe darauf gerichtet ist, „daß Beklagter anerkennen solle, zur Zahlung gewisser Königl. und Communalabgaben **pro futuro** verpflichtet zu sein, und daß Beklagter in diesem Sinne gemeinschaftlich mit dem Kläger eine Steuerregulirung nachsuchen solle;"

in Erwägung, daß Kläger die Klage, welche er anzustellen gemeint sei, nicht benannt hat, daß dies allerdings nicht **necessitatis** ist, indessen doch die bloß subjective Annahme einer natürlichen Verbindlichkeit auch heut zu Tage zur Begründung einer Klage nicht genügt, vielmehr die aufgestellten thatsächlichen Behauptungen der Art sein müssen, daß sie sich auf ein im geltenden Civilrechte anerkanntes klagbares Recht zurückführen lassen;

in Erwägung aber, daß zwar aus den Anführungen des Klägers hervorgeht, es sei im Gefolge der unterm 5. December 1750 contractlich vollzogenen Landveräußerung der Vorbesitzer zwischen den beiderseitigen Stellen der Parteien angeblich eine den Kläger prägravirende Steuerirregularität eingetreten, daß indeß, welcherlei Veranlassung auch immer eine Steuerirregularität herbeigeführt haben möge, deren Abstellung doch nicht im Wege der civilrechtlichen Klage wider den vermeintlich zu niedrig Besteuerten bewirkt werden kann, es sei denn, daß die Sache auf diesen Weg von der verfassungsmäßig zuständigen Verwaltungsbehörde verwiesen worden wäre;

in Erwägung ferner, daß die klägerischen Intentionen gerade nur auf die Abstellung einer Steuerirregularität gerichtet sind, indem der Kläger nicht etwa eine an ihn oder für ihn und für seinen Besitz an Dritte zu leistende Zahlung in Anspruch nimmt, sondern vielmehr die Anerkennung einer dem Beklagten seinerseits und rücksichtlich seines Besitzes obliegenden Pflicht der directen Abgabenzahlung, resp. in das herrschaftliche Register und in Commünekassen;

in Erwägung, daß, so wenig Kläger legitimirt ist, rücksichtlich der Steuerpflicht des Beklagten das Interesse des Oeffentlichen zu vertreten, namentlich also auch die Beschränkung der eventuellen Steuerregulirung auf die neueren Abgaben nicht von seinem Willen abhängt, so wenig andererseits derselbe einer Einwilligung des Beklagten bedarf, um von der im Staatsbürgerrecht begründeten Befugniß zur Beschwerde über irregulaire, ihm zum Nachtheil gereichende Zustände in den öffentlichen Steuerregistern beikommenden Orts Gebrauch zu machen;

in endlicher Erwägung, daß, wenn gleich die jetzt erhobene Klage der privatrechtlichen Begründung ermangelt, so doch privatrechtliche Ausgleichungsansprüche, welche nach Maaßgabe des Ausfalls der öffentlichen Steuerregulirung unter den Parteien auf Grund des Contracts vom 5. December 1750 nöthig werden möchten, selbstverständlich im Rechtswege vorbehalten bleiben,

wird, auf eingelegte Unterinstanzacten und Recesse, sowie nach stattgehabter mündlicher Verhandlung, hiemittelst von Obergerichtswegen für Recht erkannt:

> daß **sententia a qua** der Königl. Ranzauer Administratur vom 18. Juli v. J. dahin zu reformiren, daß Kläger mit seiner Klage angebrachtermaaßen abzuweisen, unter Verurtheilung des Klägers und Appellaten in die Kosten der Unterinstanz, sowie unter Compensation der Kosten dieser Instanz.

Wie denn solchergestalt hierdurch erkannt wird

B. R. W.

Urkundlich 2c. **Publicatum** im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 4. September 1855.

Der hiergegen eingelegte Recurs an das Königl. Oberappellationsgericht hatte nachstehendes Urtheil zur Folge:

Namens Sr. Königl. Majestät.

Auf die unterm 15. December v. J. hieselbst eingereichte Appellationsschrift des Eingesessenen Otto Rahmstorff in Barmstedt 2c.

wird,

mit Beziehung auf die dem angefochtenen Erkenntnisse vorangestellten Entscheidungsgründe,

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Urkundlich 2c. Gegeben im Königl. Oberappellationsgericht zu Kiel, den 30. Mai 1856.

Allerhöchst privilegirte
Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

30. Stück. Den 28. Juli 1856.

Das
Beweismittel des Schiedseides.

Nach den Grundsätzen inländischer Praxis.

(Fortsetzung.)

§ 4.

Wahrheits- und Glaubenseid.

Es kann der Fall sein, daß Jemand zur Proceßführung berechtigt oder verpflichtet ist, ungeachtet die Thatsachen, von deren Existenz oder Nichtexistenz der Ausfall des Processes abhängt, nicht von ihm ausgegangen, ja nicht einmal wahrgenommen sind. Wollte man hier einen Wahrheitseid fordern, so würde man einen Widerspruch statuiren. Denn begreiflicher Weise kann die Partei nur darüber **de veritate** schwören, was sie nach ihrer eigenen, resp. der Gegenpartei Behauptung selber gethan und selber wahrgenommen hat. Ueber sogenannte **facta plane aliena**, über Vorkommnisse, deren Urheber sie nicht ist, die sie nicht mit ihren Sinnen wahrgenommen hat, kann sie sich nur mit einem Nichtwissen oder einem Glauben, resp. Nichtglauben äußern. In solchen Fällen sucht das gemeine Recht eben eine Auskunft in Zulassung des Ignoranzeides und, für einen Fall Feud **II. 58 i. f.**, des Glaubenseides, welcher letztere übrigens von einigen Lehrern des gemeinen Rechts auch in analogen Fällen zugelassen wird. In der inländischen Praxis wird ersterer dagegen für ganz unzulässig erklärt (Anz. 837, S. 334; 1838, S. 371 Schl. und öfters vgl. aber doch § 9 der Eidesverordnung), selbstverständlich den Fall ausgenommen, daß das **thema probandum** eben das Nichtwissen bildete, während der Glaubenseid, „welcher eine sicherere Bürgschaft für die Wahrheit des zu Beschwörenden enthält, als das **juramentum ignorantiae**“ (Anz. 1842, S. 343) in Gesetz und Praxis für zulässig erkannt ist; unter welchen Beschränkungen, ist weiterhin zu zeigen. Die Gränze zwischen Wahrheits- und Glaubenseid ist im Allgemeinen sehr leicht und in der Art zu bestimmen, daß jener bei **factis propriis**, dieser bei **factis alienis** anwendbar ist. Die Schwierigkeit liegt nur darin, die Abgrenzung der beiden Gebiete gegen einander zu finden. Diese Abgrenzung ist nicht so zu bestimmen, als ob der Deferent im Relationsfall immer einen Wahrheitseid schwören müßte, und nur für den Delaten der Glaubenseid zulässig wäre. Das „**qui agit, certus esse debet**“ ist hier nicht anwendbar, welche Bedeutung dieser Parömie auch sonst zugeschrieben werden mag. Alle Diejenigen, welche als Vertreter fremder Interessen zur Proceßführung verpflichtet sind, die Tutoren, Curatoren, Güterpfleger, die Vertreter der Commünen, ihre Nachfolger, die Nachfolger der Commünemitglieder selber (vgl. Anz. 1842, S. 343), jezuweilen auch der Ehemann, sind alle, welche Parteirolle sie einnehmen, „sobald nicht ihre eigenen Handlungen“ oder von ihnen selber wahrgenommene Zustände in Frage stehen, unter allen Umständen lediglich **de credulitate** zu schwören verpflichtet, und kann der Umstand, daß von ihnen der Eid etwa **de veritate** deferirt und ihnen als solcher referirt ist, selbstverständlich in keiner Weise maaßgebend sein (Anz. 1851, S. 179; vgl. Anz. 1837, S. 344; 1838, S. 366). Erben anlangend, so enthalten die Anz. 1852, S. 316 ff. ein paar Rechtsfälle über die Frage, ob der Grundsatz, daß Erben nach vaterländischer Praxis über Handlungen ihres Erblassers **de credulitate** schwören, lediglich auf Erben als Beklagte zu beschränken sei, und wird mit Recht der Glaubenseid auch für Erben als Kläger zulässig erachtet, „weil eine der bisherigen Praxis gänzlich fremde Bevorzugung der Erben des Beklagten vor den Erben des Klägers der Gleichheit der Parteien gänzlich widerspricht, auch die **l. 42 D. de R. J.** (— **qui agit, certus esse debet** (vgl. l. 2, 2 C. 2, 58): „**Et licet verae causae natura alia forsitan est, tamen quod quisque, sc. tutor etc. credit et existimat, hoc est jurandum,**“ wo nur vom Calumnieneide die Rede) überall nicht von dem dem Römischen Rechte unbekannten Credulitätseide oder von Beweismitteln im Civilprocesse handelt, sondern von der **ignorantia juris**, oder, wie es in dem daselbst mitgetheilten zweiten Fall heißt, diese Stelle (die l. 42)

nur „den auch in der Natur der Sache begründeten Satz aufstellt, daß die Erben sich auf Unwissenheit berufen können, wenn sie belangt werden, nicht aber, wenn sie klagend auftreten wollen." — Dem Cessionar ferner „steht nach von der inländischen Praxis anerkannten Rechtsgrundsätzen die Befugniß zu, den ihm über Handlungen seines Cedenten, welche für ihn **facta aliena** sind, deferirten Eid in der Form des Glaubenseides abzuleisten." (Anz. 1853, S. 324.) Eine Verpflichtung zum Referiren des Eides liegt ihm nicht ob. — Endlich, wenn der eine von zwei **correis** mit dem Gegner eine Vereinbarung schließt, so ist diese für den andern **correus** eine ganz fremde Handlung, worüber er, wenn er überall dazu verpflichtet ist, nur **de credulitate** zu schwören braucht (Anz. 1844, S. 160.)

Mit diesen Fällen, wo der Eidesleistende wahrhaft fremde Thatsachen vertritt, sind nicht diejenigen Fälle zu verwechseln, in denen die Thatsachen auch im Grunde von Dritten herrühren, die processirende Partei aber solche als ihre eigene zu vertreten hat. Hierzu ein paar Beispiele. Kläger behauptete (Anz. 1846, S. 366), für den Beklagten eine bestimmte Zahl Fuder Sand gefahren zu haben. Wie wahrscheinlich, hatte er sie nicht persönlich gefahren, sondern durch seine Dienstleute fahren lassen. Als er nun zur Erhärtung des ihm auferlegten Beweises den Eid deferirte, und nach erfolgter Zurückschiebung erklärte, ihn nur **de credulitate** leisten zu können, da würde er, wie in den Entscheidungsgründen angedeutet ist, die **pœna recusati** zu ertragen gehabt haben, wenn nicht eines Umstandes halber, auf den noch später zurückzukommen ist, anders wäre entschieden worden. Ein ähnlicher Fall ist in den Anz. 1852, S. 301 mitgetheilt; daß in demselben von einem richterlichen Eid die Rede ist, ist für uns unerheblich, da der ausgesprochene Grundsatz gleicherweise für den Schiedeseid gilt. Dem Kläger war zu erweisen auferlegt, daß er dem Beklagten für so viel Werth Holz geliefert habe, dem Kläger fiel die Eidesleistung zu. Es war aber der Eid „nicht als Glaubenseid, sondern vielmehr **de veritate** abzuleisten, da die in Frage stehenden Lieferungen, wenn solche auch zum Theil durch die Leute des Klägers, ohne dessen persönliche Mitwirkung ausgeführt sein mögen, doch nicht im rechtlichen Sinne sich als fremde Handlungen bezeichnen lassen."

Wenn das zu beeidigende **factum** für die eine Partei ein **proprium**, für die andere ein **alienum**, so ist zu unterscheiden, ob für den Deferenten oder den Delaten das **factum** eins oder anders ist. Daß der Delat das **factum proprium** des Deferenten, sofern es nicht eben auf die Wahrnehmung des Delaten ankommt, nur **de credulitate** zu beeidigen hat, ist gewiß (Anz. 1855, S. 198), in welchem Falle der Delat den Glaubenseid darüber zu leisten im Stande erachtet ward, daß der (anderweitig constatirte) Rippenbruch des Deferenten von dem Werfen desselben abseiten des Delaten an die Wagendeichsel herrühre. Was gilt aber im Relationsfall für den Eidesdeferenten, wenn er den Eid über **facta** des Delaten deferirt hatte? Hierüber finden sich ein paar nicht gleichartige Entscheidungen in den Anzeigen. Der eine Fall ist dieser (Anz. 1846, S. 367): Kläger behauptete, daß Beklagter in unerlaubter Weise Mehl mahle. Der Beklagte referirte den ihm über diese Thatsache deferirten Eid, den Kläger nur **de credulitate** leisten wollte. Das Holsteinische Obergericht entschied richtig, daß in diesem Fall der Glaubenseid unzulässig sei. Denn einestheils hatte Kläger die begangene Contravention behauptet, anderntheils lag auch „kein **factum alienum** in dem Sinne vor, daß dadurch der Glaubenseid gerechtfertigt würde." Das Oberappellationsgericht (S. 368) bestätigte die Ansicht mit dem Bemerken, daß die Herstellung des Beweises bei der vorhandenen Sachlage nur bewirkt werden könne, „wenn es klar vorliege, daß der Kläger selbst völlig überzeugt von der zum Beweise verstellten Wahrheit der zur Begründung des Gesuches behaupteten Thatsache, hierzu aber die Ableistung des zurückgeschobenen Eides in der Form eines Wahrheitseides erforderlich ist. Wie Kläger „zu der durch den abzuleistenden Eid in Gewißheit zu setzenden Ueberzeugung gelangt," darauf kommt es natürlich in rechtlicher Beziehung nicht an. Gleicherweise kann der Glaubenseid über ein **factum** des Delaten nicht zulässig sein, wenn ein diesem entsprechendes **factum** von dem Deferenten **de veritate** beeidigt werden kann (Anz. 1855, S. 15, 16), auf welche Entscheidung zurückzukommen ist. — Eine anders lautende Entscheidung, schwerlich die richtigere, hat das vormalige Schleswigsche Obergericht (Anz. 1845, S. 160) gefällt. Dem Kläger war der Beweis auferlegt, daß N. N. im Auftrage des Beklagten die klägerische Wildbahn mit einem Schießgewehr betreten habe u. s. w. Kläger deferirte den Schiedeseid und bemerkte, daß er im Relationsfall nur **de credulitate** den Eid werde abzuleisten haben, da hier **facta aliena** zur Frage ständen. Das Schleswigsche Obergericht trat der Ansicht bei, weil „nach der beim Mangel gesetzlicher Bestimmung in Betreff der vorliegenden Frage zur Norm dienenden Praxis im Herzogthum Schleswig ein Wahrheitseid nur über eigene Handlungen des Schwurpflichtigen oder solche Thatsachen, welche derselbe den Acten zufolge selbst wahrgenommen, gefordert werden kann, dieser Grundsatz der Natur der Sache auch insofern entspreche, als in Beziehung auf andere Handlungen und Thatsachen ein bestimmtes Wissen sehr häufig fehlen wird, wenn gleich ein Glauben oder Fürwahrhalten vorhanden ist. Die processualische Regel, daß der Klage und den Einreden bestimmte Thatsachen zum Grunde liegen müssen, stehe nicht entgegen. Denn diese Vorschrift habe nur den Sinn, daß die relevanten Thatsachen genau und voll-

ständig angegeben seien; ob die Partei sie aber aus eigener Wahrnehmung oder aus andern Gründen für wahr halte, komme nicht in Betracht. Das Oberappellationsgericht, unter Bezugnahme auf diese Entscheidungsgründe, bestätigte das Urtheil. Es ist hier nicht der Ort, genauer auf die Gründe einzugehen. Jedoch hat offenbar die Befürchtung der leichtsinnigen Ableistung von Eiden **de veritate** eingewirkt, und will man der Sache einmal auf den Grund sehen, so ist ja z. B. der Detaillist, der im Laden eine Anzahl Handlungsdiener beschäftigt, in den seltensten Fällen zugegen, wenn diese mit den Kunden Verkäufe abschließen und die Waare überliefern, kann also aus eigener Wahrnehmung nicht Gewißheit haben, also auch nicht den Eid leisten **de veritate**. Will man hier aber den Glaubenseid zulassen, so wird unzweifelhaft erst recht eine leichtsinnige Eidesleistung gefördert. Für die kaufmännischen, die meisten Schwierigkeiten darbietenden Verhältnisse hat aber das Recht eine Auskunft in dem Beweismittel der Handlungsbücher statuirt. In andern Verhältnissen aber wird man doch auch nur den vom Holsteinischen Obergericht ausgesprochenen Grundsätzen sich zuneigen können. Indeß hat das Holsteinische Obergericht selber unter obwaltenden Umständen in einem bestimmten Fall den Glaubenseid für zulässig erklärt; aber man darf dabei nicht übersehen, daß in dem fraglichen Rechtsfall nicht es sich um einen Schiedeseid, der unzulässig war (s. unten), sondern um einen richterlichen Erfüllungseid handelte, dem mindestens ein halber Beweis vorausgegangen war. Es ließ das Holsteinische Obergericht (Anz. 1847, S. 38, in welchem Fall die Ehefrau wider ihren Ehemann wegen Ehebruchs auf Scheidung geklagt hatte) Erstere den Eid **de credulitate** leisten, weil ein Dritter nicht füglich mit Bestimmtheit wahrnehmen könne, daß ein Anderer einen Ehebruch begangen." Indeß gehört doch solche Wahrnehmung nicht zu den Unmöglichkeiten, und jedenfalls muß da der Glaubenseid ausgeschlossen sein, wo der Kläger ein direct auf den Ehebruch hinweisendes **factum de veritate** zu erhärten im Stande. Vgl. Anz. 1855, S. 15, 16, wo das Holsteinische Obergericht wieder das **factum** der Untreue durch einen Glaubenseid erhärten lassen wollte, das Oberappellationsgericht aber den behauptetermaaßen binnen einer gewissen Frist nicht stattgehabten Beischlaf **de veritate** vom klägerischen Ehemann beeidigen ließ.

Daß der Glaubenseid mehr Bedenkliches hat, als der Wahrheitseid, liegt auf der Hand. Ein Glauben und Dafürhalten sollte sich stets stützen auf Umstände und Wahrnehmungen, welche Gründe für die Wahrheit des zu Beschwörenden geben; selten aber wird es auch an Gegengründen fehlen. Das Gewicht beider nicht nur, sondern sogar ihre Existenz, resp. Nichteristenz zu prüfen, muß der Richter in den meisten Fällen der Gewissenhaftigkeit der Partei überlassen; und wie oft bei der Partei die ruhige Ueberlegung einem durch das Interesse hervorgerufenen, voreiligen Meinen wird Platz machen müssen; wie leicht überdies beim Glaubenseid **reservationes mentales** möglich sind, braucht nicht erst gesagt zu werden. Es ist schon erwähnt, daß das gemeine Recht dem Glaubenseid auch sehr wenig günstig ist. Man hat u. A., unter Berufung auf die im § 3 am Ende erwähnten Gesetzesstellen, die allgemeine Behauptung aufgestellt, daß, wo der Delat **de veritate**, der Deferent nur **de credulitate** schwören könne, die Relation des Schiedeseides nicht gestattet sei. Man hat ferner darauf hingewiesen, daß auch beim Notheide der Richter immer eher der Partei, welche **de veritate**, als der, welche nur **de credulitate** schwören könne, den resp. Erfüllungs- oder Reinigungseid aufzuerlegen habe. Diese letztere Meinung anlangend, so ist sie nicht ohne Grund und hat auch in der inländischen Praxis ihre Berücksichtigung gefunden (Anz. 1837, S. 70; 1845, S. 39 Schl.; 1842, S. 346 O. A. G.; 1849, S. 150 H. u. O. A. G.); aber man hat doch hier schon andererseits richtig bemerkt, daß diese Meinung nicht zu einem ausschließlichen Grundsatz erhoben werden dürfe (vgl. Anz. 1847, S. 38; 1855, S. 195 H. u. O. A. G.), und jedenfalls läßt sich vom richterlichen Eid keine Schlußfolgerung machen für den Schiedeseid, wenn man an die Vergleichsnatur des letzteren Eides denkt, die im anderen Fall so ziemlich würde aufgegeben werden. Und daher ist auch hinsichtlich der Relation des deferirten Eides vom Holsteinischen Obergerichte (Anz. 1854, S. 329) ausgesprochen, wie es „nach feststehender Praxis nicht darauf ankomme, ob der Relat gleich dem Delaten und Referenten das betreffende **factum de veritate** oder nur **de credulitate** zu beschwören vermöge." Die Bestimmungen des Römischen und Canonischen Rechts anlangend, so haben unsere Gerichte auch hier Gelegenheit gehabt, ihre Ansicht auszusprechen. In dem, Anz. 1853, S. 187, mitgetheilten Rechtsfall war den Klägern der Beweis auferlegt, daß Beklagter den Entwurf eines abgeschlossenen Contractes genehmigt habe. Kläger deferirten den Eid, behaupteten aber, unter Berufung auf jene Gesetzesstellen, der Eid dürfe ihnen über die **facta interna** des Delaten nicht referirt werden. Das Holsteinische Obergericht entschied aber, daß die gedachten Gesetze nur bestimmte Klagen im Auge hätten und nicht auf andere Fälle auszudehnen seien, „die Praxis der hiesigen Gerichte eben in solchen Fällen den Glaubenseid für ein zulässiges Auskunftsmittel ansehe. Hiermit übereinstimmend erklärte auch das Oberappellationsgericht, daß die erwähnten Gesetzesstellen auf den Fall keine directe Anwendung litten, „ebensowenig aber mit Rücksicht darauf, daß der Grund der in jenen Stellen ausgesprochenen Unzulässigkeit der Zurückschiebung des Eides darin gefunden wird, daß der Deferent und Relat über die zu beschwörende

Thatsache aus eigener Wahrnehmung keine Kenntniß habe, analog anzuwenden seien, weil, während nach Römischem Recht regelmäßig nur der Wahrheitseid, nach hiesiger Praxis auch der Glaubenseid als Entscheidungseid deferirt werden könne." Indeß hat doch unsere Gesetzgebung einige beschränkende Normen hinsichtlich der Zulässigkeit des Glaubenseides erlassen. Freilich nur ganz im Allgemeinen, wie es die Natur dieses nun einmal zugelassenen Eides nicht anders duldete. Der § 9 der Eidesverordnung bestimmt nämlich, daß „der Glaubenseid überhaupt nie ohne unumgängliche Nothwendigkeit stattfinden, auch insbesondere Niemandem, der nach richterlichem Ermessen keine Gründe für sich hat, das factum, worauf es ankommt, zu glauben oder nicht zu glauben, zuerkannt werden soll." Auf diesen Paragraphen bezogen sich das Schleswigsche Obergericht und das Oberappellationsgericht in dem, Anz. 1846, S. 371, mitgetheilten Fall. Es handelte sich darum, ob zwei Individuen, welche beide reichlich vor hundert Jahren geboren sein sollten, vollbürtig und Brüder gewesen; in den Acten fehlte es aber gänzlich an Momenten, „welche eine auch nur einigermaaßen feste und bestimmte Ansicht der Parteien in Beziehung auf die Frage zu begründen im Stande sein konnten. Beide Dicasterien waren gegen die Erkennung eines Notheides. Das Oberappellationsgericht aber fügte noch hinzu, daß auch die Zuschiebung des Eides schon deswegen für unzulässig erachtet werden müsse, weil weder der einen, noch der andern Partei zureichende Gründe vorlägen, sich zu dem Eidesthema über ihr Glauben und Dafürhalten, daß jene Individuen leibliche Brüder gewesen oder nicht gewesen, bestimmen oder nicht bestimmen zu lassen. Auf der andern Seite muß aber doch auch das Gebiet des richterlichen Ermessens sehr beschränkt werden. Mag auch der Richter, bevor er einen Glaubenseid schwören läßt, sorgfältig zu prüfen haben (Anz. 1853, S. 188), „ob unter den gegebenen Verhältnissen ein solcher ohne Gefahr für das Gewissen dessen, der den Eid ableisten will, geschworen werden könne," so ist doch auch wieder anerkannt, daß, wenn eine Partei den Eid deferirt, den die Gegenpartei de credulitate zu leisten bereit, wie berechtigt ist, dann nicht zuvor eine causae cognitio über die Gewissenhaftigkeit der Partei stattfinden solle, und daß es nicht Pflicht dieser Partei sei, über die Acceptation des Eides dem Richter Rechenschaft zu geben. Dem Schwörenden selber muß es überlassen bleiben, zu beurtheilen, ob es ihm zu einem Glauben oder Nichtglauben an einer „ausreichenden Grundlage fehle" (Anz. 1855, S. 198), und nur dann, wenn bestimmte Umstände die Wahrheit des zu Beschwörenden unwahrscheinlich machen, muß der Credulitätseid verworfen werden. Selbstverständlich kommt es hier gar sehr auf die concreten Verhältnisse an. Wenn der § 9 der Eidesverordnung den Glaubenseid ausschließt, falls der Beweis auf anderweitigem Wege erbracht werden kann, so kann hiervon nicht die Rede sein, wenn die anderweitige Ermittelung dadurch geschehen soll, daß auf bereits präcludirte Beweismittel (z. B. auf Zeugen, die in der Spolienklage nicht sofort namhaft gemacht sind) recurrirt wird (Anz. 1856, S. 147).

Es sei im Anschlusse hier noch bemerkt, daß nach dem mehrgenannten § 9 der Eidesverordnung die Eidesformel immer in positiver Fassung auf das „Glauben, daß — oder daß nicht —" gerichtet sein soll (vgl. Anz. 1845, S. 160 Schl. und Francke, Proceß, I, S. 450). Es ward daher in dem, Anz. 1842, S. 341, mitgetheilten Rechtsfall die von den Eidesdeferenten geforderte Clausulirung, daß die Acceptanten „glaubten und nicht anders wüßten, oder daß sie nicht anders wüßten," als der gesetzlich vorgeschriebenen Form durchaus widersprechend bezeichnet. Hinsichtlich des gemeinen Rechts ist u. A. zu vergleichen: Schmid, Handbuch, II, S. 358.

§ 5.

Gegenstand des Eides.

Die Beantwortung der Frage, was heut zu Tage Gegenstand des Eides sein könne, läßt theoretisch sich leicht geben, und zwar in Gemäßheit der Natur desselben als eines Beweismittels. Die im Römischen Recht überwiegende Vergleichsnatur des Eides, zufolge welcher auch das jus suum esse beschworen werden konnte, kennen wir nicht mehr (vgl. indeß die vom Oberappellationsgericht normirte Fassung eines Erfüllungseides bei Francke, Proceß, § 175 Note 3). Das Recht zu kennen und zu erkennen, d. h. zu urtheilen, liegt heut zu Tage lediglich dem Richter ob. Die Partei hat nur die facta, aus denen sie Ansprüche ableitet, anzugeben; nur diese sind von ihr zu erweisen. Daher kann Gegenstand des Schiedseides auch nur ein factum sein, aber auch jedes factum, dessen Natur nicht etwa diesem Beweismittel widerspricht. Es kann daher der Partei z. B. nicht zugemuthet werden, auch nur de credulitate über den Umstand, daß die Gegenpartei die ihr zustehenden Erbrechte nicht gekannt, „mithin über derselben ignorantia juris" einen Eid zu leisten (Anz. 1837, S. 339). Enthielte das zum Beweise verstellte Thema den juristischen Begriff des Miteigenthums (Anz. 1852, S. 309) oder den des Besitzes (Anz. 1854, S. 277 H. O. G. u. O. A. G.), so kann der Schiedseid darüber noch weniger zugeschoben werden. „Der Besitz ist freilich ein factum, kein Recht; allein damit die Berufung auf Besitz überall rechtlich in Betracht kommen könne, ist nothwendig, daß solche Thatsachen vorgebracht seien, aus welchen der Besitz hervorgeht." (Anz. a. a. O.) Dasselbe gilt vom Gewohnheitsrecht (vgl. Anz. 1840, S. 349; 1842, S. 60; 1840, S. 362 Schl. u. O. A. G.): „Die Regel und das Recht

muß vom Richter aufgefunden werden, mithin ist die Eideszuschiebung über die Existenz des Gewohnheitsrechts nicht zu berücksichtigen." Die **facta**, aus denen das Gewohnheitsrecht resultiren soll, können dagegen, wenn sie bestritten sind, Gegenstand des Eides sein. Manche Rechtslehrer behaupten, daß auch der Beweis der unvordenklichen Zeit oder Verjährung nicht durch Eidesdelation erbracht werden könne (vgl. u. A. Schrader, Proceß, S. 64 c). Allein die inländische Praxis hält hier die Eidesdelation für durchaus zulässig (Anz. 1848, S. 100; 1851, S. 179 H. O. G. u. O. A. G.), welcher Ansicht auch Savigny, System, IV, S. 524, ist. Im letztgenannten Rechtsfalle ward selbst consequenter Weise der Eid de credulitate zugelassen. Die unvordenkliche Verjährung, der ununterbrochene Zustand seit Menschengedenken ist ein reines **factum**. Daß dieses **factum** zugleich einen Rechtsbegriff bildet, ändert seine ursprüngliche Natur gar nicht.

Ueber Zustände und Thatsachen, deren Existenz nicht den äußern Sinnen sich sofort offenbart, sondern erst durch eine wissenschaftliche, künstliche oder sachverständige Untersuchung constatirt wird, kann der Eid nicht wohl, selbst nicht de credulitate zugeschoben werden, weil der Schwörende darüber vielleicht Muthmaaßungen, aber nicht ein begründetes Meinen, geschweige denn ein Wissen hegen kann. Dahin gehört z. B. die Bestimmung des Werthes von Gegenständen, die nur durch Beurtheilung Sachverständiger und stets nur annähernd geschätzt werden können (Anz. 1847, S. 185), oder die Constatirung des **factum**, ob ein Rippenbruch vorhanden (Anz. 1855, S. 198), oder das Bedürfniß der Wartung und ärztlichen Hülfe eines Kranken. Denn dies erscheint „nicht als ein **factum** der äußern Sinnenwelt, sondern vielmehr als ein Zustand, welcher ohne eine auf den Regeln der Kunst beruhende Reflexion nicht beurtheilt werden kann" (Anz. 1842, S. 348). Ebenso ist der Umstand, daß mit gehöriger Diligenz verfahren oder daß eine Rechnungsablage genügend sei, nicht durch Eidesdelation zu erhärten, da es sich hier wieder um ein Urtheil handelt, „wobei Alles vom subjectiven Ermessen des Schwörenden abhängig sein würde (Anz. 1842, S. 350; Francke, Proceß, I, S. 456 Note). Das vormalige Schleswigsche Obergericht äußert freilich in einem Falle (Anz. 1838, S. 371), wo u. A. ein Verschulden zum Beweis verstellt war, daß, obwohl der hierüber deferirte Eid nicht reine **facta** betreffe, dieser Umstand doch mit Rücksicht auf die eingetretene Rechtskraft des (Prioritäts-) Urtheils als irrelevant erscheine. Man wird aber doch nicht zweifelhaft sein können, daß die Rechtskraft eines Interlocuts auf die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Beweismittels nicht wohl von Einfluß sein kann. — In Parteischriften macht sich nicht selten das Verlangen geltend, die Größe eines angeursachten Schadens eidlich darzuthun, und einmal hat auch das Holsteinische Obergericht, als gegen ein impetrirtes Mandat, die Einrede der Compensation, welche sich auf eine Forderung wegen Schadensersatzes stützte, durch Eidesdelation liquide gemacht werden sollte, den Schiedseid für zulässig erklärt, weil (wie es Anz. 1851, S. 279 in der Note heißt) die Zulässigkeit der Eidesdelation zur Ermittelung des Betrages eines behaupteten Schadens in hiesiger Praxis nie bezweifelt sei, zumal da mancher Schaden nur durch Eidesdelation ermittelt werden könne. Es wird zwar zugegeben, daß der Betrag eines Schadens eigentlich immer nur durch Schätzung zu erbringen sei; allein diese Schätzung sei doch meistens der Art, daß Jeder sie vornehmen könne und dieselbe eher als ein factisches Verhältniß, denn als eine Seelenthätigkeit betrachtet werden könne. Abgesehen nun davon, daß bei solcher Ansicht das **juramentum in litem**, dessen Benutzung schon an besondere Bedingungen geknüpft ist, so ziemlich überflüssig werden würde, so liegt doch auf der Hand, wie schon oben angedeutet ist, daß eine Partei, deren Gewissenhaftigkeit vorausgesetzt, nie die nothwendige Unbefangenheit, wie sie eine objective Beurtheilung fordert, besitzt, sie vielmehr stets mehr anrechnen wird, als zulässig ist. Mehrfache Präjudicate stimmen hiermit überein. So erklärte in dem letztgedachten Fall (S. 280) das Oberappellationsgericht den Eid für unzulässig, weil derselbe nicht die Wahrheit bestimmter Thatsachen betreffe, sondern lediglich eine Schätzung zum Gegenstande habe. Vgl. eine Aeußerung eines Schleswigschen Untergerichts (Anz. 1851, S. 192), „daß nach gemeinem Rechte der durch ein geringeres Versehen (als durch den für das **juramentum in litem** vorauszusetzenden **dolus** oder **culpa lata**) Verletzte außer der schädlichen Handlung auch die Größe des Schadens durch andere Beweismittel, als durch Erbietung zur eidlichen Erhärtung darzuthun hat." — Zwei Rechtsfälle in den „Anzeigen" geben besonders Aufklärung über die vorliegende Frage. Der eine findet sich mitgetheilt Jahrg. 1846, S. 362 ff. und ist vom vormal. Schleswigschen Obergerichte entschieden. Es war dem Kläger zu erweisen auferlegt, daß durch die in einer Aue vorhandenen Stauungen des Beklagten bei der N. Mühle Wassermangel, und dadurch dem Kläger ein Schade verursacht werde. Kläger wollte sich zur Erbringung des Beweises des Schiedseides bedienen. Allein das vormalige Schleswigsche Obergericht verwarf die Eidesdelation als unzulässig. Denn was zu beweisen auferlegt, ist nicht eine einzelne bestimmte Thatsache, sondern ein Satz, welcher als Schlußfolgerung aus gegebenen Umständen abgeleitet worden. Das Oberappellationsgericht bestätigte die Entscheidung. Der zweite findet sich Anz. 1855, S. 204. Der Kläger sollte erweisen, daß durch die in dem Fundamente seines Hauses vorgenommenen Arbeiten sein Haus beschädigt, namentlich daß u. s. w. und daß und welcher Schade ihm dadurch erwachsen.

Das Holsteinische Obergericht ließ den deferirten Schiedseid (nur gegen ein Gutachten von Sachverständigen sich äußernd, aber ohne sonst Gründe anzuführen) zu, das Oberappellationsgericht verwarf die Zulässigkeit, weil „nach heutigen Proceßgrundsätzen der Entscheidungseid nur reine Thatsachen zum Gegenstande haben könne, die Schätzung der Größe des von dem Kläger behaupteten Schadens aber besondere Sachkenntniß voraussetze, und daher durch Eideszuschiebung nicht herzustellen sei, weshalb auch über das gesammte Beweisthema der Eid nicht zugeschoben werden könne".

Die Thatsachen, welche zur Eideshand verstellt werden, müssen bestimmt sein. Sind überall keine bestimmte Thatsachen behauptet (vgl. Anz. 1850, S. 280 Schl.), oder nicht hinreichend bestimmte, so kann der Eid, wie in der Natur der Sache liegt, nicht zugelassen werden. Ein passendes Beispiel giebt hier jener eben erwähnte Schleswigsche Rechtsfall (Anz. 1846, S. 362), in welchem ein durch die vorgenommenen Stauungen entstandener Wassermangel für eine Mühle und ein dadurch wieder veranlaßter Schaden nachgewiesen werden sollte. Dies **thema probandum** hielt das Schleswigsche Obergericht mit Recht für nicht so genau bestimmt, daß der Kläger dadurch auf den Beweis einer einzelnen bestimmten Thatsache beschränkt würde, vielmehr sei ihm die rechtliche Möglichkeit gegeben, einen auf die eine und andere Weise entstehenden Schaden darzuthun. „Freilich würde, wenn die Beklagte den ihr deferirten Eid leistete, Kläger mit seiner Klage abzuweisen sein; allein würde der Eid zurückgeschoben und von dem Kläger dahin geleistet, daß durch die fraglichen Stauungen bei der Mühle Wassermangel verursacht werde und dem Kläger daraus ein Schaden erwachse, so würde die Möglichkeit, ein den Umständen entsprechendes Erkenntniß abzugeben, deshalb cessiren, weil es ungewiß geblieben, in welchem Umfange und unter welchen Beschränkungen die Schädlichkeit der Stauungen oder des Gebrauchs derselben als erwiesen anzusehen sei." Wie schon erwähnt, bestätigte das Oberappellationsgericht, unter Bezugnahme auf diese Entscheidungsgründe, das Erkenntniß.

Endlich muß, wie hinsichtlich des Beweis- so auch des Eidesthemas die Forderung gestellt werden, daß die Thatsachen relevant seien. Wäre indeß eine für das **petitum** nicht ganz schlüssige, oder wohl gar irrelevante Thatsache in das Eidesthema aufgenommen und dieses rechtskräftig normirt worden (vgl. Francke, Proceß, **I.**, S. 459 und das daselbst erwähnte Erkenntniß des Oberappellationsgerichts, Note 9), so müßte der acceptirte, resp. referirte Eid auch **sub pœna recusati** geleistet werden. Auf die Irrelevanz sich beziehende Einreden können nach geschehener Acceptation und bei der Vergleichsnatur des Eides nicht weiter in Betracht kommen (Anz. 1842, S. 341).

Aber, obige Forderungen auch vorausgesetzt, kann doch nicht jede Thatsache zur Eideshand verstellt werden. Eine wichtige Ausnahme bilden die Thatsachen, welche ein mit öffentlicher Strafe bedrohtes Criminalverbrechen ausmachen, der § 11 unserer Eidesverordnung gebietet zwar nur, daß „in peinlichen Sachen der Reinigungseid weiter nicht statthaben solle". Diese Bestimmung dehnt die inländische Praxis aber mit vollem Recht auf den Schiedseid aus, da der Grund des Verbotes, die Gefahr, daß entweder ein Meineid geschworen, oder doch ein unzulässiger Gewissenszwang stattfinden könne, bei beiden Eiden gleich stark vorhanden ist (vgl. Anz. 1842, S. 350, angebliche Verheimlichung von Vorräthen und Verkäufen; 1847, S. 186; s. auch 1855, S. 195). Aber wie gemeinrechtlich (**l.** 5, 8 **D.** 47, 10, **l.** 53, 27 **D.** 47, 2, **l.** 6, 4 **D.** 3, 2), so auch von der inländischen Praxis wird bei Civilklagen aus Privatdelicten der Schiedseid für zulässig erkannt. So bildet der außereheliche Beischlaf (Anz. 1853, S. 225), das Fundament der Paulianischen Klage, das **in fraudem creditorum** (Anz. 1847, S. 186) ein erlaubtes Thema der Eidesdelation, und erkennt auch der § 3 der Verordnung vom 11. Mai 1798 bei allen Realinjurien von Erheblichkeit den Eid überhaupt als ein zulässiges Beweismittel an (Anz. 1843, S. 387, 1847, S. 186). Auch über sog. **facta interna** der Parteien, obwohl sie durch die äußern Sinne nicht wahrnehmbar sind, sofern sie nur reine Thatsachen sind, und nicht erst aus anderweitigen Thatsachen durch den Richter abstrahirt werden sollen, ist Eidesdelation zulässig, und ward daher dieselbe auch (Anz. 1847, S. 186) in Betreff der Absicht, „daß Product die Hufe erstanden, um die Creditoren des N. zu benachtheiligen", zugelassen (vgl. Schmid, Handb., **II.**, S. 349).

Das Beweisthema kann in einzelne Theile zerlegt und können einzeln diese Theile zur Beweisführung genommen werden, auch können Thatsachen, die nicht unmittelbar im Beweisthema enthalten sind, zu erweisen unternommen werden, um unter Zugrundelegung derselben das Beweisthema auf künstlichem Wege zu erhärten. Beide Arten des Beweises, des zusammengesetzten und des künstlichen, sind zu unterscheiden, besonders hinsichtlich der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen bei denselben der Gebrauch des Schiedseides zulässig. Daß eine Auflösung des Beweisthemas in einzelne Sätze, deren Einkleidung in Form von Artikeln gewöhnlich, aber nicht nothwendig ist (Anz. 1855, S. 211), und die Eidesdelation über diese einzelnen Sätze zulässig ist, ist in zahlreichen Präjudicaten ausgesprochen (vgl. Anz. 1837, S. 388, 353; 1841, S. 139, 322; 1843, S. 189; 1844, S. 319; 1847, S. 185; 1855, S. 211), aber nur für die Holsteinische Praxis. Hinsichtlich der Schleswigschen Praxis ward die Zulässigkeit solcher Beweisführung schon von Francke, **I.**, § 158 N. 7 bezweifelt und

dieser Zweifel hat seine Bestätigung gefunden in einem, Anz. 1851, S. 192, mitgetheilten Rechtsfall. Das Untergericht behauptete, unter Hinweisung auf das gemeine und Holsteinische Proceßrecht, daß nach der Praxis im Herzogthum Schleswig die einzelnen Artikel durch Eidesdelation zu erweisen nicht statthaft, vielmehr die Eidesdelation nur über das gesammte thema probandum zulässig sei. Zwischen zusammengesetztem und künstlichem Beweise ward nicht unterschieden, indeß machte doch das vormalige Schleswigsche Obergericht hier eine Unterscheidung, indem es ebendaselbst äußerte, daß die Eidesdelation nur über das thema probandum im Ganzen, oder einzelne Sätze desselben, nicht aber über Thatsachen, durch welche ein künstlicher Beweis des Beweissatzes dargethan werden solle, zulässig sei. Auch das Oberappellationsgericht schien einmal (Anz. 1837, S. 340) an der Richtigkeit der Holsteinischen Praxis zu zweifeln. Dasselbe sagt, daß bei der Eidesdelation eine Auflösung des aufgestellten Beweissatzes in die aufgestellten einzelnen thatsächlichen Umstände um so weniger für statthaft zu erachten sei, als diesen Umständen ein entscheidender Einfluß auf das streitige Rechtsverhältniß versagt worden; es scheint also, daß das Oberappellationsgericht, auch abgesehen von letzterem Umstande, die Eidesdelation über einzelne Artikel nicht für zulässig erachtete. Eine Note in den Anz. a. a. O. S. 338 verweist dagegen auf die ältere Praxis. In der Landgerichtsordnung **III.** 22, 1 ist freilich keine bestimmte Beziehung auf die vorliegende Frage vorhanden, vielmehr nur allgemein gesagt, „daß es mit den entscheidlichen Eiden hinführo gehalten werden soll, wie es für dieser Zeit und von Alters her in dem Fürstenthum Holstein im Gebrauch und Gewohnheit gewesen ist". Fuchs, introd. in proc. Hols. **II.** 14, 27 berührt gleichfalls unsere Frage nicht speciell. Er sagt nämlich, nachdem er in den vorangehenden Paragraphen über Zeugenbeweis durch Vernehmung von Zeugen nach Artikeln gesprochen, im § 27: **Quodsi pars testes, vel etiam instrumenta jam produxerit, iis tamen nihil probaverit, potest nihilominus adhuc alteri juramentum deferre etc.** Auch Groth in seinen Anmerkungen zur Landgerichtsordnung (bei Schrader, coll. diss. **I.** S. 58, in der Ausgabe der Landgerichtsordnung vom Jahre 1741, S. 315) hat, wie Fuchs, nur den § 2 der Landgerichtsordnung **III.** 22 im Auge, erwähnt aber doch im Vorbeigehen, wenn der Beweisführer „über gewisse Beweisartikel das decisorium litis deferirt habe". Wie dem nun sei, die Praxis Holsteins hat sich entschieden und allgemein für die Zulässigkeit der Eidesdelation über einzelne Beweisartikel erklärt, und das Oberappellationsgericht in späterer Zeit diese Praxis nicht weiter bezweifelt (vgl. Anz. 1847, S. 186); „nicht für ganz unzulässig zu erachten" (Anz. 1855, S. 211, 212). Eine Einschränkung ist jedoch dahin zu machen, daß die Artikel nur solche Thatsachen enthalten dürfen, die für das thema probandum unmittelbar (sc. beim zusammengesetzten) oder durch Schlußfolgerung (sc. beim künstlichen Beweise) concludent sind, nicht aber solche Facta, „durch welche ein neues Beweismittel vorbereitet werden soll" (Anz. 1855, S. 202), wie wenn z. B. die Constatirung der resp. Facta erforderlich ist, um den producirten Sachverständigen das nöthige Material für die Schätzung erst zu schaffen; denn der Schiedeseid „ist kein bloßes Vorbereitungsmittel der richterlichen Ueberzeugung".

(Die Fortsetzung folgt.)

Entscheidungen.

Handel nach Probe mit dem Zusatze: „frei vor Thür". — Der Käufer ist nicht verpflichtet, sich bei dem Verkäufer einzufinden, um dort die Probemäßigkeit der Waare zu untersuchen.

In Sachen des Bürgers und Mehlhändlers Johann Boll, Bodenbeck Nachfolger, in Altona, Beklagten und Supplicanten, wider C. F. Stavenow Wittwe e. c. ebendaselbst, Klägerin und Supplicatin, hauptsächlich wegen Erfüllung eines Kaufhandels;

ergeben die Acten:

Klägerin hat agendo vorgebracht: Sie habe durch Vermittelung des Altonaer Commissionairs C. J. Köhler 12—20 Tonnen grobe Buchwaizen-Grütze à 180 ℔ pr. Tonne zu 10 ℳ 13 ß R.-M. und 12—20 Tonnen feine Buchwaizen-Grütze à 180 ℔ gleichfalls zu 10 ℳ 13 ß R.-M. pr. Tonne gekauft, nach Probe frei vor die Thür zu liefern. Ueber diesen Kaufhandel sei ihr die in ihrer Klage angeschlossene Schlußnote, dahin lautend:

> Gekauft für den Herrn C. F. Stavenow Wittwe von dem Herrn J. Boll, Bodenbeck Nachfolger, 12—20 Tonnen grobe Buchwaizen-Grütze à 180 ℔ Bco.℔ 19 und 12—20 Tonnen feine Buchwaizen-Grütze à 180 ℔ Bco.℔ 19 nach Probe frei vor Thür,

mitgetheilt, welche auch Beklagter empfangen. Letzterer habe sich nun mit seiner Grütze nicht eingestellt und bitte sie deshalb:

daß Beklagter schuldig erkannt werde, der Klägerin in Erfüllung des abgeschlossenen Kaufhandels die libellirten Quantitäten Buchwaizen-Grütze binnen 3 Tagen probemäßig zu liefern und die Kosten binnen 14 Tagen zu erstatten.

Der Beklagte opponirte der Klägerin die Einrede der unfundirten Klage, unter Berufung darauf, daß Klägerin nach Platzusance sich zur Besichtigung und eventuellen Empfangnahme der von ihr gekauften Buchwaizen-Grütze bei ihm hätte einfinden müssen und der Handel, da sie dies seiner Aufforderung unerachtet während der nächsten 14 Tage nach dessen Abschluß unterlassen habe, ungültig sei. Er beantragte deshalb, daß Klägerin abgewiesen werde, ref. exp., und ward nach mündlicher Verhandlung von dem Magistrat der Stadt Altona unterm 20. September 1855 erkannt:

daß Beklagter schuldig sei, der Klägerin c. cur. in Erfüllung des abgeschlossenen Kaufhandels die libellirten Quantitäten Buchwaizen-Grütze binnen 8 Tagen probemäßig zu liefern und die Kosten dieses Processes, deren Verzeichnung und Ermäßigung vorbehältlich, zu erstatten.*)

Gegen dieses Erkenntniß hat Beklagter mit Beistimmung der Klägerin statt der Appellation das Rechtsmittel der Supplication ergriffen und sich darüber beschwert, daß erkannt worden:

1) daß er die Waare probemäßig vor die Thür zum Besichtigen und Empfang liefern,
2) daß er der Klägerin die Kosten vergüten solle.

Es steht demnach zur Frage: ob der Supplicant die Besichtigung der von ihm verkauften Waare vor der Ablieferung zu verlangen rechtlich befugt gewesen ist?

In Erwägung nun, daß derselbe nach dem ausdrücklichen Inhalt der ihm über den in Frage stehenden Handel mitgetheilten Schlußnote „nach Probe frei vor Thür" hierzu für befugt nicht erachtet, und die Usance, worauf Supplicant sich beruft, wie in den Entscheidungsgründen des Magistrats dargelegt worden, als existent nicht angesehen werden kann, eine solche Usance auch mit der Natur des unter den Parteien abgeschlossenen Geschäfts nicht weniger, wie mit anerkannten juristischen Grundsätzen in Widerspruch stehen würde, indem nicht ein Handel auf Probe, sondern ein Handel nach Probe vorliegt, bei einem Handel nach Probe aber der Käufer zu erwarten berechtigt ist, daß der Verkäufer die Waare probehaltig liefert, und es, da die Möglichkeit der probewidrigen Beschaffenheit der Waare ein Verschulden des Verkäufers voraussetzt, sich mit Rücksicht auf ein solches Verschulden nicht rechtfertigt, vom Käufer vor Ablieferung der Waare eine Besichtigung zu beanspruchen, die als völlig überflüssig sich darstellt, wenn der Verkäufer die ihm obliegende Verbindlichkeit, die Waare probehaltig zu liefern, erfüllt; sowie

in Erwägung, daß bei der darnach sich ergebenden völligen Grundlosigkeit der hauptsächlichen Beschwerde des Supplicanten zu einer Compensation der Kosten eine rechtliche Veranlassung nicht vorgelegen hat,

wird auf die sub præs. den 11. October v. J. hieselbst eingereichte vorrubricirte Supplicationsvorstellung und Bitte dem Supplicanten, nach eingezogener Gegenerklärung (sub præs. den 21. Februar d. J.), von Obergerichtswegen hiedurch

ein abschläglicher Bescheid

ertheilt, Supplicant auch schuldig erkannt, der Supplicatin die hiemittelst auf 30 ß R.-M. bestimmten Kosten der Gegenerklärung binnen 4 Wochen ab ins. zu erstatten.

Urkundlich 2c. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 28. April 1856.

*) Die diesem Erkenntnisse vorangestellten Entscheidungsgründe lauten folgendermaaßen:

In Erwägung, daß jeder Kauf von Cerealien nach Proben mit dem in der Maklernote enthaltenen Zusatze „frei vor die Thür" und ohne weitere Clauseln hiesiger Handelsusance zufolge als ein Kauf betrachtet wird, bei welchem Verkäufer sich verpflichtet, die verkaufte Waare dem Käufer kostenfrei zur Besichtigung und eventuellen Empfangnahme vor seine Thür zu liefern;

in Erwägung demnach, daß die Einrede des Beklagten, daß die Klägerin sich zur Besichtigung und eventuellen Empfangnahme der von ihr gekauften Buchwaizen-Grütze bei ihm hätte einfinden müssen und daß der Handel, da sie dies seiner Aufforderung unerachtet während der nächsten 14 Tage nach dessen Abschlusse unterlassen, ungültig sei, völlig unbegründet ist;

in schließlicher Erwägung, daß nur die Rechtsfrage, nicht aber die in der Maklernote unbestimmt angegebene Quantität der verkauften Grütze unter den Parteien streitig ist.

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

31. Stück. Den 4. August 1856.

Das
Beweismittel des Schiedseides.

Nach den Grundsätzen inländischer Praxis.

(Fortsetzung.)

Wenn die Eidesdelation über das ganze Beweisthema unzulässig ist, so ist sie es auch für die einzelnen Theile, in die es aufgelöst worden, weil anders das Eidesverbot regelmäßig umgangen werden könnte (Anz. 1837, S. 353; 1838, S. 339; 1844, S. 322). Dieser Satz ist jedoch genauer zu bestimmen. Der directe Gegenbeweis kann nicht wohl durch Eidesdelation geführt werden, und so kann z. B. die **exceptio non numeratæ pecuniæ**, welche einem über zwei Jahre alten Schuldschein entgegengesetzt wird, als directer Gegenbeweis gegen den durch das in der Schuldverschreibung enthaltene Schuldbekenntniß geführten Beweis nicht durch Eidesdelation erhärtet werden (Anz. 1837, S. 119; 1839, S. 186 ff.; 1842, S. 21; 1846, S. 139; 1853, S. 312; 1855, S. 209), und in Folge dessen darf auch nicht über einzelne Sätze, so weit sie integrirende Theile dieser Einreden bilden, der Eid zugeschoben werden. Dieselben Grundsätze gelten unter Umständen auch hinsichtlich der Einrede des Zinswuchers „wegen der Identität der dieser und der **exc. n. n. p.** zu Grunde liegenden Thatsache" (Anz. 1848, S. 382). Gleiches endlich aus demselben Grunde hinsichtlich der Einrede der nicht empfangenen Zahlung gegen eine über 30 Tage alte Quittung, oder gegen eine sofort Beweis kräftige, z. B. amtliche Quittung (Anz. 1837, S. 346). Wenn aber vom Delaten die Gewissensvertretung, die im Mandatsverfahren auch nur durch liquide Beweismittel erbracht werden könnte (Anz. 1845, S. 177 N. und die daselbst erwähnten Präjudicate), gewählt worden und die Beweisartikel in solchem Fall „selbstständige Thatsachen enthalten, durch welche auf dem Wege der Eidesdelation der betreffende Beweis künstlich geführt werden soll", so paßt auf solche Artikel „die angegebene Regel der Unstatthaftigkeit des Beweismittels der Eidesdelation nicht" (Anz. 1855, S. 209). Aehnlich äußert das Oberappellationsgericht ebendaselbst, daß in solchem Fall der zugeschobene Eid dann keineswegs das Gegentheil derjenigen Thatsachen, die den Gegenstand des Hauptbeweises bilden, sondern andere selbstständige Behauptungen betrifft, weshalb auch das in **l. 14, 3 C. 4, 30** enthaltene Verbot hier nicht Platz greife. Noch in einer andern Beziehung gilt für den zusammengesetzten und künstlichen Beweis nicht derselbe Grundsatz. Die eventuelle Eidesdelation ist zwar bei Beweisartikeln, die integrirende Theile des Beweisthemas bilden, zulässig; nicht aber bei der künstlichen Beweisführung, weil dadurch „eine Abweichung von dem normalen Gange des Beweisverfahrens herbeigeführt würde" (Anz. 1847, S. 185).

Verschiedene Ansichten herrschen beim Holsteinischen Obergericht und dem Oberappellationsgericht in Betreff der Frage, ob bei der Eidesdelation über einzelne Artikel der Delat sich sofort zu erklären habe, oder ob er mit dieser Erklärung bis dahin warten könne, daß über den Werth der beigebrachten Beweisthümer im Beweisausführungstermin entschieden worden. Jener Ansicht ist das Holsteinische Obergericht, dieser das Oberappellationsgericht; beide Ansichten, mit Gründen unterstützt, sind von beiden Dicasterien seit Jahren festgehalten worden. Das Holsteinische Obergericht (Anz. 1843, S. 189; 1847, S. 185; 1855, S. 211) hält eine Erklärung des Delaten und resp. Eidesleistung vor dem Deductionstermin deshalb für erforderlich, weil eben der Zweck der Deductionsverhandlung sei, die Frage zur Entscheidung zu bringen, ob der den Producenten auferlegte Beweis für geführt zu erachten, und dies ist nicht wohl anders möglich, als wenn die die Schlußfolgerung bildenden Thatsachen festgestellt sind. In wie fern diese einzelnen Thatsachen relevant sind, läßt sich nicht in ihrer Vereinze-

lung, sondern erst in ihrem Ganzen zusammenfassen, also eben im Deductionstermin ermessen, und nur dann, wenn die gänzliche Irrelevanz eines Artikels offen vorliegt, und kein denkbarer Zusammenhang zwischen demselben und dem thema probandum sich denken läßt (Anz. 1847, S. 185), ist derselbe zu verwerfen, und kann von einer Eidesdelation s. w. d. a. nicht mehr die Rede sein; anders „wenn die im Artikel enthaltenen factischen Momente von irgend einer Relevanz zu erachten". Denn „in der Natur des künstlichen Beweises liegt, daß dem Beweisführer bedeutender Spielraum gelassen werden muß" (Anz. 1844, S. 319). Das Oberappellationsgericht dagegen argumentirte (Anz. 1847, S. 186): Die Resultate der außer der Eidesdelation benutzten Beweismittel müssen erst vorliegen, d. h. im Hauptverfahren darüber verhandelt sein, weil aus dieser Verhandlung erst die Unnöthigkeit oder Mangelhaftigkeit der zugeschobenen Eide sich ergeben könne, und weil es schon im Begriff des Entscheidungseides liege, daß durch die Leistung oder verweigerte Leistung desselben der Rechtsstreit entschieden werde, was z. B. nicht möglich sei, so lange noch nicht einmal die Zeugenrotuln eröffnet worden. Letzterer Grund dürfte nicht stichhaltig sein. Aus dem Worte „Entscheidungseid" folgern zu wollen, daß dieser Eid nur zulässig über die verba ipsa des Beweisthemas, ist wohl nicht die Meinung des Oberappellationsgerichts, da dasselbe ja eben den Schiedeseid beim künstlichen Beweise, d. h. zur Herstellung anderweitiger, nicht unmittelbar im Beweisthema enthaltener Thatsachen, wenn auch nur unter bestimmten Voraussetzungen, zuläßt. Gestattet man aber einmal den Eid hier, wo seine Ableistung unmittelbar niemals dem Streite ein Ende macht, so müssen nothwendig andere Gründe die spätere Erklärung des Delaten rechtfertigen. Das Oberappellationsgericht hat sich denn auch vorzugsweise auf den § 2 der Eidesverordnung berufen, nach welchem Eidesleistungen ohne Noth und über unerhebliche Umstände, die den Grund des zu entscheidenden Streites nicht rühren, vermieden werden sollen, weshalb also nicht genüge, daß die Irrelevanz der Artikel nicht klar zu Tage liege; vielmehr müsse die Relevanz feststehen (Anz. 1855, S. 210). Ja es sei die entgegengesetzte Ansicht nicht einmal zweckmäßig, weil (Anz. 1847, S. 186) der vorläufige Streit über die Zulässigkeit des Eides über einzelne Artikel und deren Clausulirung möglicher Weise nutzlos sein könne; es entstehe auf der andern Seite auch gar kein Nachtheil daraus, daß das Erkenntniß über die Zulässigkeit der zugeschobenen Eide bis zur Entscheidung über den rechtlichen Werth der beigebrachten Beweisthümer ausgesetzt werde. Allein auch dieser Grund hat nur ein relatives Gewicht, weil er in veränderter Gestalt von der gegenüberstehenden Ansicht gleichfalls für sich geltend gemacht werden kann. Ist der Delat zur sofortigen Erklärung verpflichtet, so stellt sich auch alsbald heraus, ob der Eid geleistet werden könne, oder nicht. Im letzteren Fall ist sehr häufig wenigstens ein weiteres Proceßiren ganz überflüssig, und bedarf es nicht noch eines weitläufigen Deductionsverfahrens. Abgesehen nun einstweilen von der Bestimmung der Eidesverordnung, scheint mir zuerst festzustellen zu sein, ob der Eidesdeferent ein Recht auf sofortige Erklärung abseiten des Delaten habe, und diese Frage wird zu bejahen sein. Denn räumt man dem Beweisführer überall das Recht ein, auf künstlichem Wege Beweis zu führen, so muß er auch das Recht haben, sich sofort die Gewißheit von Thatsachen zu verschaffen, von denen aus er den Richter will Schlußfolgerungen machen lassen, ein Recht, das ihm mindestens hinsichtlich zu vermeidender weiterer Proceßkosten von großem Nutzen sein kann. Ob diese Thatsachen künftig wirklich werden gebraucht oder nicht gebraucht werden können, dieser Umstand, gänzliche Irrelevanz ausgenommen, kann nicht von Einfluß sein. Dann aber fragt sich, ob der § 2 der Eidesverordnung diesem Entgegenstehendes bestimmt. Um diese Frage bejahen zu können, wäre doch erst der Nachweis erforderlich, ob der § 2 auch den künstlichen Beweis vor Augen habe. Speciell gedacht wird desselben nicht; wahrscheinlich ist vielmehr, daß der § 2 nur Thatsachen im Sinne hat, welche die Partei anführt, um ihren Anspruch darauf unmittelbar zu begründen. Mindestens ist, wie das Holsteinische Obergericht bemerkt (Anz. 1855, S. 211), in den angeführten Worten des § 2 keine Autorisation der Gerichte zu erblicken, „in dem bestehenden, auf Gesetz und Herkommen beruhenden Proceßverfahren behufs vollständiger Erreichung des Zwecks der Vermeidung überflüssiger Eide eine Veränderung eintreten zu lassen". Demgemäß hält das Obergericht den Eidesdeferenten nicht nur berechtigt, sondern auch gewissermaaßen verpflichtet, die Erklärung des Delaten vor dem Deductionstermin zu veranlassen, und geschieht dies nicht, so ist es als Verzicht des Eidesdeferenten auf die Eidesdelation anzusehen (Anz. 1843, S. 190). Eine Collision der Beweismittel ist übrigens bei der Ansicht des Holsteinischen Obergerichts nicht zu befürchten, „weil eine solche nur dann eintreten kann, wenn dasselbe Factum durch Eid und andere Beweismittel zur Bewahrheitung verschiedener factischer Prämissen benutzt werden" (Anz. 1847, S. 186).

(Die Fortsetzung folgt.)

Entscheidungen.

Das bei Abhaltung von Licitationen zu beobachtende Verfahren. — Klage auf Schadensersatz wegen verweigerter Solemnisation des auf Grundlage der Licitationsbedingungen zu vollziehenden Contractes. — Irrthum in der Person des Mitcontrahenten.

In Sachen des Wegeinspectors Jessen in Itzehoe, Namens der Bramstedt-Elmshorner Chausseebaukasse, event. Namens und im Auftrage der p. t. Commünebevollmächtigten der Grafschaft Ranzau, Klägers und Appellanten, wider den Zahlmeister der Kiel-Altonaer Eisenbahn, F. W. Stavenow in Altona, Beklagten und Appellaten, hauptsächlich wegen verweigerter Ausführung übernommener Lieferungen und Arbeiten, daher Schadensersatzes,

ergeben die Acten:

Nachdem durch Allerhöchste Resolution vom 2. Februar 1854 genehmigt worden, daß der Chausseebau von Elmshorn nach Bramstedt in Gemäßheit des von dem Oberlandwegeinspectorate entworfenen Bauprojects unter Zugrundelegung des zu 79,000 ℔ v. Cour. modificirten Kostenanschlages vorgenommen und dem Wegedistricte zur Ausführung dieses Baues aus Königlicher Kasse eine Beihülfe von 57,500 ℔ v. Cour. zur Verfügung gestellt werde, hat das Königl. Ministerium unterm 18. März s. J. die erste Wegeinspection mit der Ausführung des Chausseebaues, unter Aufsicht und Controle des Oberlandwegeinspectorats, beauftragt. Kläger hat demnächst in seiner Eigenschaft als bauführender Beamter unterm 19. April 1854 über die speciellen Arbeiten und Lieferungen zum fraglichen Chausseebau auf Grundlage vorher bekannt gemachter Bedingungen eine Licitation abgehalten, und hat Beklagter hinsichtlich der Entreprisen sub **B** 3, **B** 4 und **D.** des Licitationsprotocolls als Mindestfordernder für die Summen von zusammen 12,220 ℛ R.-M. den Zuschlag erhalten. Nach speciellerVerlicitirung der einzelnen Entreprisen sind darauf sämmtliche nochmals zum Aufbot gebracht worden; diese Generallicitation, deren in den Bedingungen keine Erwähnung geschehen war, hatte aber keinen weitern Erfolg, und dem Beklagten ist gleich den übrigen Licitanten vom Kläger mittelst Schreibens vom 23. s. M. angezeigt worden, daß er die Ausführung der übernommenen Leistungen vom 1. Mai nach Maaßgabe der Bedingungen unverzüglich einzuleiten habe und daß ihm der Termin zur Unterschrift des Contracts näher werde mitgetheilt werden. Vom Beklagten ward indeß am 26. April dem Oberlandwegeinspectorate schriftlich mitgetheilt, daß er die übernommenen Leistungen nicht ausführen werde, und hat Kläger ihm hierauf unterm 5. Mai eröffnet, daß man sich nicht veranlaßt sehe, ihn von den bei der Licitation übernommenen Verpflichtungen zu befreien, ihn vielmehr ersuchen müsse, behufs Abschließung des Contracts sich am 15. Mai in Elmshorn einzustellen, widrigenfalls die von ihm übernommenen Entreprisen auf seine Kosten und ohne Rücksicht auf die Licitationspreise anderweitig würden vergeben werden. Nachdem Beklagter hierauf seine Erklärung, den Contract nicht vollziehen zu wollen, wiederholt, auch in dem zur Contractserrichtung bestimmten Termin nicht erschienen war, ward derselbe durch Schreiben des Klägers vom 15. Mai davon in Kenntniß gesetzt, daß auf Grundlage der Licitationsbedingungen nunmehr eine zweite Licitation über die von ihm übernommene Entreprise unterm 24. s. M. werde abgehalten werden. Nach demnächstiger Abhaltung dieser Licitation haben die Entrepreneure Bickel und Wohlde, welche die Entreprisen **B** 3 und 4 für die Summe von 13,700 ℛ erstanden, und der Zimmermeister Hauschild aus Münsterdorf, welcher für die Entreprise **sub D** 530 ℛ geboten, als Mindestbietende unter Vorbehalt höherer Genehmigung den Zuschlag erhalten. Von dem Resultate dieser Licitation hat Kläger den Beklagten am nämlichen Tage mit dem Beifügen in Kenntniß gesetzt, daß sein Angebot nicht bloß von der die Baukosten bestreitenden Commüne, sondern auch von dem Oberlandwegeinspectorate approbirt worden sei, dabei auch den Beklagten wiederholt aufgefordert, die bei der ersten Licitation eingegangenen Verbindlichkeiten zu erfüllen, sowie sich hierüber binnen 3 Tagen zu erklären, und ist nach Ablauf dieser Frist in den ersten Tagen des Julimonats die höhere Approbation der unterm 24. Mai abgehaltenen Licitation erfolgt. Auf Grundlage der vorstehenden, von den Parteien nicht bestrittenen thatsächlichen Umstände ist gegen den Beklagten beim Altonaer Magistrate mit dem Bemerken Klage erhoben worden, daß der Chausseebaukasse durch die zweite Licitation eine Mehrausgabe von 2010 ℛ erwachsen sei, deren Erstattung dem Beklagten deshalb obliege, weil er sich seine contractlichen Pflichten zu erfüllen leichtfertig geweigert und die Rücksicht auf das öffentliche Interesse nicht gestattet habe, unter Sistirung des planmäßig im Laufe des Jahres zu vollendenden Chausseebaues zuvor auf Contractserfüllung wider den Beklagten klagbar zu werden. Kläger, indem er sich behufs seiner Activlegitimation zunächst auf seine Stellung als bauführender Beamter, event. auf eine von den Commünebevollmächtigten der Grafschaft Ranzau ihm ertheilte Vollmacht bezog, bat daher:

daß der Beklagte schuldig erkannt werde, die libellirten 2010 ℛ R.-M. nebst 5 pCt. Zinsen,

vom Tage der Insinuation des ersten Decrets angerechnet, binnen 4 Wochen an den Kläger in qual. qua auszuzahlen, auch die angeursachten Kosten, deren Verzeichnung vorbehältlich, binnen gleicher Frist zu erstatten.

Beklagter opponirte dem Kläger zuvörderst proceßhindernd die exceptio deficientis personæ standi in judicio, einestheils weil eine Elmshorn-Bramstedter Chausseebaukasse nicht existire, anderntheils weil Kläger als Mandatar der Commünegevollmächtigten der Grafschaft Ranzau kein Syndicat beigebracht habe, und verband mit dieser Einrede den Antrag, daß Kläger in qual. qua refus. exp. a limine judicii abgewiesen werde.

Event. ward dem Kläger und seinen Mandanten die Einrede der fehlenden Activlegitimation proceßhindernd mit dem Bemerken opponirt, daß nicht die klagende Commüne, sondern diese in Gemeinschaft mit der Staatsregierung den Bau ausführe, und ward mit Rücksicht hierauf gleichfalls beantragt,

> daß Kläger wegen mangelnder Legitimation abgewiesen und schuldig erkannt werde, dem Beklagten die Kosten zu erstatten.

Sich auf die Klage event. einlassend, bemerkte Beklagter ergänzend, daß er sofort nach beendigter Einzelnlicitation und nach geschehener Mittheilung des Klägers, daß eine Generallicitation nachfolgen solle, mit der Erklärung hiergegen sich verwahrt habe, daß er unter diesen Umständen an sein Gebot sich nicht länger gebunden erachten könne, und er daher auch nicht, wie die übrigen Entrepreneure zur Unterschrift des Protocolls aufgefordert sei. Sodann setzte Beklagter dem klägerischen Anspruche die Einrede des generellen dolus, des nicht erfüllten Vertrages und der rechtlich völlig unfundirten Klage entgegen, zu deren Begründung er dem Wesentlichen nach anführte:

1) daß zu der Zeit, als Beklagter am 24. Mai von der höhern Approbation in Kenntniß gesetzt worden, res integra deshalb nicht vorhanden gewesen sei, weil es in Folge der abgehaltenen späteren Licitation dem Beklagten unmöglich gemacht worden, Sublicitanten zu seinem niedrigen Gebot zu finden;
2) daß das Rechtsgeschäft in termino der Licitation vom 19. April kein Contract, sondern ein pactum de ineundo contractu gewesen und deshalb nur auf Vollziehung des Contracts habe geklagt werden können;
3) daß nach dem § 6 der Licitationsbedingungen zunächst die für jede Entreprise festgesetzte Strafbestimmung habe zur Ausführung gebracht und der in Rückstand gelassene Theil der Arbeiten und Lieferungen auf Kosten des Beklagten habe vollführt werden müssen, am 24. Mai aber Rückstände der streitigen Entreprisen überall nicht vorhanden gewesen wären und daher die derzeit angestellte Nachlicitation bedingungswidrig und rechtswidrig angestellt worden sei;
4) daß die Unternehmer Schmidt und Börtmann sich bereit erklärt hätten, resp. die dem Beklagten früher zugeschlagenen Entreprisen um 1000 ℛ R.-M. und eine der beiden Entreprisen 3 und 4 um 500 ℛ R.-M. höher, als der ursprüngliche Zuschlag gelautet, anzunehmen, Kläger aber, indem er diese Anerbietungen nicht berücksichtigt, auch die streitigen Entreprisen auf der letzten Licitation nicht einzeln, sondern zusammen zum Aufgebot gebracht, selbst einen viel höheren Schaden veranlaßt habe, als nach dem damaligen Stande der Arbeiten nöthig gewesen wäre, und daher von einer Ersatzverbindlichkeit des Beklagten nicht die Rede sein könne;
5) daß, im Widerspruch mit den Licitationsbedingungen, die Commünegevollmächtigten sich nach Inhalt des Protocolls die Genehmigung vorbehalten hätten, woraus hervorgehe, daß das Anerbieten des Beklagten vor dessen Widerruf nicht acceptirt worden, und endlich
6) daß die generelle Licitation im Widerspruch mit den Licitationsbedingungen und den Bestimmungen der Verordnung vom 22. August 1736, durch welche das Abhalten mehrerer Licitationen über dieselbe Sache verboten werde, abgehalten worden und das desfällige Verfahren daher als nichtig anzusehen sei.

Beklagter bat, gestützt auf diese Ausführungen, schließlich:

> daß Kläger mit seiner völlig grundlosen Klage ab- und zur Ruhe verwiesen, auch schuldig erkannt werde, die Kosten dieses Processes, deren Ansatz und Ermäßigung vorbehältlich, in 14 Tagen zu erstatten.

Replicando ward in Beziehung auf die Litiscontestation des Beklagten berichtigend bemerkt:

Nach abgehaltener specieller Licitation habe Beklagter außerhalb des Licitationslocals gegen den Kläger lediglich geäußert, daß das Aufgebot im Ganzen nicht in den Bedingungen enthalten sei. Auf die Frage des Klägers aber, ob Beklagter denn von den übernommenen Leistungen entbunden sein wolle, habe derselbe gar nichts erwidert, sei vielmehr bei der demnächst abgehaltenen Generallicitation im Licitationslocal zugegen gewesen, ohne auch nur in irgend einer Art gegen die Vornahme derselben zu protestiren, und habe noch nach Beendigung des ganzen Licitationsgeschäfts im Laufe des Tages mit dem Kläger darüber verhandelt, wie er wohl am besten das jenseits der Bramstedter Aue anzuschaffende Material über

dieselbe hinüberführe. Kläger, indem derselbe mit Rücksicht hierauf die Replik des Verzichts opponirte, leugnete zugleich, daß der Uebernehmer Börtmann sich bereit erklärt habe, eine der beiden Entreprisen 3 und 4 um 500 ℛ R.-M. höher, als der ursprüngliche Zuschlag, zu übernehmen, und bemerkte, daß der Uebernehmer Schmidt gewilligt gewesen sei, die beiden Entreprisen um 1000 ℛ höher, als der ursprüngliche Zuschlag, zu übernehmen, falls auf diese Weise ein Vergleich zu Stande kommen könne. Uebrigens sei es allein durch erneuerte Verlicitirung möglich gewesen, den Belauf des Schadens zu constatiren; es gebe für die Behörden keinen andern Weg.

Duplicando stellte Beklagter den von dem Kläger **replicando** erzählten Hergang seiner Unterredung mit dem Kläger in Abrede, leugnete auch, sich bei der Generallicitation wieder eingefunden und später noch den ihm ertheilten Zuschlag als für ihn bindend anerkannt zu haben. Andererseits acceptirte er das Geständniß, daß der Uebernehmer Schmidt in der erwähnten Weise in den Contract einzutreten sich erboten, und leugnete, daß dies nur bedingungsweise geschehen sei.

Nach verhandelter Sache ward vom Magistrate unterm 22. Februar d. J. für Recht erkannt:

> daß Kläger mit der von ihm erhobenen unbegründeten Klage abzuweisen und schuldig sei, dem Beklagten die Kosten dieses Verfahrens, deren Ermäßigung und Bestimmung vorbehältlich, binnen 14 Tagen zu erstatten. *)

Gegen dieses Erkenntniß hat Kläger das Rechtsmittel der Appellation interponirt und in der zeitig von ihm eingereichten Recursschrift seine Beschwerden dahin gerichtet:

---

*) In den diesem Erkenntnisse vorangestellten Entscheidungsgründen heißt es:

In Erwägung, daß die von dem klägerischen Anwalt vorgelegte Vollmacht den gesetzlichen Vorschriften insoweit entspricht, als derselbe dadurch zur Führung des von den Communen der Grafschaft Ranzau als Bauunternehmerin anzustellenden Processes genügend legitimirt erscheint, sowie daß die hiergegen erhobenen Einwendungen als unbegründet zu verwerfen sind, indem einerseits actenmäßig feststeht, daß, wenn gleich die Königliche Kasse einen Zuschuß zu den Kosten der zu erbauenden Chaussee bewilligt und die Ernennung gewisser mit der Ausführung betrauter Beamten sich vorbehalten hat, dennoch die Grafschaft in der Weise als Bauunternehmerin erscheint, daß sie alleine durch die hinsichtlich des Baues abgeschlossenen Contracte berechtigt und verpflichtet wird, und indem andererseits die Unterzeichnung des Syndicats durch mindestens $^2/_3$ der Gemeindemitglieder nur dann erforderlich ist, wenn die betreffende Gemeinde keine geordnete und ständige Vertretung hat, während bei Communen der letzteren Art die Bevollmächtigung durch den gesetzmäßigen Vorstand hinreicht;

in Erwägung, daß der hiernach genügend legitimirt erscheinende Kläger einen Schadensersatzanspruch darauf begründet, daß Beklagter auf der am 19. April v. J. bei Barmstedt abgehaltenen öffentlichen Licitation als Mindestfordernder den Zuschlag zur Lieferung verschiedener zum Chausseebau erforderlicher Materialien erhalten habe, daß die bei der Licitation vorbehaltene höhere Genehmigung des Oberlandwegeinspectorats später erfolgt sei, daß Beklagter darauf aber aus unhaltbaren Gründen die Ausführung der übernommenen Lieferungen verweigert und sich dadurch zum Ersatz des der Grafschaft aus solcher contractwidrigen Handlungsweise erwachsenen Schadens schuldig gemacht habe, welcher Schade darin bestehe, daß bei einer durch die Weigerung des Beklagten nothwendig gewordenen zweiten Licitation die von demselben übernommenen Lieferungen um einen 2010 ℛ R.-M. höheren Preis hätten veraccordirt werden müssen;

in Erwägung, daß Beklagter dagegen die Perfection des der Klage zu Grunde gelegten Lieferungsvertrages bestreitet, sowohl wegen der rechts- und bedingungswidrigen zweimaligen Ausbietung derselben Objecte, als auch wegen des von den Communegevollmächtigten bei Unterzeichnung des Licitationsprotocolls bedingungswidrig gemachten Vorbehalts, durch welchen die Annahme des von dem Beklagten gestellten Gebotes und somit die Vollendung des Contracts hinausgeschoben sei;

in fernerer Erwägung, daß der Beklagte außer anderweitig vorgeschützten Einreden eventuell die exceptio doli darauf begründet, daß der Kläger selbst die Ausführung der fraglichen Lieferung unmöglich gemacht habe, indem derselbe vor Ertheilung der reservirten höheren Genehmigung und vor dem Eintritt des ersten Lieferungstermins eine neue Licitation anstellte; sowie

in Erwägung, daß der Beklagte die Höhe des klägerischer Seits berechneten Schadens bestreitet, indem sowohl ein gewisser Schmidt sich zu einer billigeren Uebernahme der von dem Beklagten zu leistenden Lieferungen dem Kläger gegenüber bereit erklarte, und indem Letzterer überdies durch Zusammenfassen der früher einzeln ausgebotenen Lieferungen den geforderten Preis erhöht habe;

in rechtlicher Erwägung, daß die spätere Vornahme einer Generallicitation, wenn solche in den über die zu veranstaltenden Einzellicitationen kundgemachten Bedingungen, wie im vorliegenden Falle, nicht enthalten war, die aus den vorher gethanen Einzelgeboten entstandenen Verbindlichkeiten aufhebt, indem sowohl nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen in der nicht vorher bedungenen Anstellung der zweiten Ausbietung derselben Lieferung eine contractwidrige Handlungsweise liegt, welche die exceptio doli des Beklagten hinlänglich motivirt, wogegen die von dem Kläger eingewandte Replik des Verzichts durch die angeblichen Aeußerungen des Beklagten nicht begründet erscheint, und indem ferner durch die Verordnung vom 22. Juli 1736 ausdrücklich vorgeschrieben ist, daß über alles zum öffentlichen Aufgebot

1) daß nicht in Gemäßheit des **petitums** der Klage der Beklagte schuldig erkannt worden, die libellirten 2010 ℛ R.-M. nebst 5 pCt. Verzugszinsen, vom Tage der Insinuation des ersten Decrets angerechnet, binnen 4 Wochen an den Kläger **in qual. qua** auszuzahlen, auch die angeursachten Kosten, **s. d. et m.**, binnen gleicher Frist zu erstatten; **event.**

2) daß nicht dem Beklagten zum Beweise verstellt sei, wie dadurch, daß die Entreprisen **sub** 3 und 4 des Licitationsprotocolls vom 19. April d. J. in der am 24. Mai f. J. abgehaltenen Licitation zum Aufgebot gebracht, die Licitationssumme für diese Entreprisen um 1000 ℛ R.-M. oder wie viel sonst erhöht worden; **event.**

3) daß nicht dem Kläger der Beweis auferlegt worden, daß durch diese Zusammenfassung der Entreprisen **sub** 3 und 4 die Licitationssumme nicht erhöht worden sei; **event.**

4) daß nicht dem Beklagten der Beweis auferlegt worden, daß der Unternehmer Schmidt sich gegen den Kläger bereit erklärt habe, die dem Beklagten früher zugeschlagenen Entreprisen um 1000 ℛ R.-M. höher, als der Zuschlag gelautet, anzunehmen; **event.**

5) daß nicht dem Kläger die Thatsachen, welche er zur Begründung der Replik des Verzichts angeführt, zum Beweise verstellt worden sind.

Beklagter, welcher gleichfalls gegen das Magistratserkenntniß vom 22. Febr. das Rechtsmittel der Appellation interponirt hatte, hat dasselbe später unter dem ausdrücklichen Vorbehalte zurückgenommen, daß er damit auf die Einwendungen gegen die Legitimation des Klägers nicht verzichtet haben wolle.

Es steht demnach zur Frage:

1) ob der Kläger für legitimirt zu erachten;

2) ob die Klage begründet oder durch Einreden elidirt; und **event.**

3) welcher Beweis in Beziehung auf die vorgeschützte peremtorische Einrede zu erkennen sei?

Gebrachte nur eine Licitation gehalten werden dürfe, indem also ein Zuwiderhandeln gegen diese klare, gesetzliche Vorschrift den ganzen durch das bezügliche Protocoll als eine zusammenhängende Handlung dargestellten Act der Licitation in der Weise annulliren muß, daß aus demselben keine Verbindlichkeiten irgend welcher Art auf Seiten der Bietenden hergeleitet werden können;

in Erwägung, daß hiernach die erhobene Klage für rechtsbegründet nicht zu achten ist, und also die Beurtheilung der gegen dieselbe weiter vorgeschützten Einreden überflüssig erscheint.

In Erwägung nun, daß, die Legitimation des Klägers zuerst anlangend, die Staatsregierung als Mitinhaberin des fraglichen Chausseebaues nicht angesehen werden kann, indem nach Inhalt der Allerhöchsten Resolution vom 2. Febr. 1854, durch welche dem Wegedistrict zur Förderung des Unternehmens aus Königl. Municifenz eine Beihülfe bewilligt worden, der Wegedistrict die fragliche Chausseestrecke für eigene Rechnung nicht bloß zu bauen, sondern auch künftig zu unterhalten hat, aus dieser Bestimmung aber unzweifelhaft hervorgeht, daß die Constituirung einer Baukasse durch Einzahlung der Beiträge an eine mit der weitern Verwaltung derselben beauftragte Königl. Hebungsbehörde von der Staatsregierung offenbar nicht in ihrer Eigenschaft als Miturheberin des beregten Chausseebaues, sondern in ihrer Qualität als höchste Verwaltungsbehörde in ähnlicher Weise angeordnet worden ist, wie solche auch den Inhabern anticipirter Chausseebauten zur Pflicht gemacht zu werden pflegt und es daher zur Legitimation des Klägers eines Syndicats der Staatsregierung nicht bedurft hat;

in Erwägung, daß vielmehr der Kläger, wenn auch die hauptsächliche Rubricirung der von ihm angestellten Klage Namens der Chausseebaukasse mit Rücksicht darauf für eine verfehlte zu erachten ist, daß der Chausseebaukasse die Eigenschaft eines selbstständigen Rechtssubjects abgeht, doch als Mitcontrahent des Beklagten berechtigt erscheint, den erhobenen Entschädigungsanspruch lediglich Namens der Gevollmächtigten derjenigen Commüne, deren Interesse allein beim Ausfalle der vom Kläger abgehaltenen Licitation in Frage gestanden, gerichtlich geltend zu machen, derselbe hierzu auch durch die ihm von den gedachten Gevollmächtigten ausgestellte Vollmacht hinreichend legitimirt gewesen ist;

in Erwägung, daß, was den klägerischen Anspruch selbst betrifft, nach dem § 5 der in Betracht kommenden Licitationsbedingungen den Beklagten nur die ausdrückliche Disapprobation seines Gebots von der Erfüllung der übernommenen Verpflichtungen hat befreien können, aus dem Umstand aber, daß von dem Kläger nach Beendigung der speciellen Licitation eine generelle Licitation über sämmtliche Entreprisen abgehalten worden, sich eine stillschweigende Disapprobation des gedachten Gebots nicht folgern läßt, indem es nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen Jedem, welcher für die Annahme oder Verwerfung eines ihm gemachten Anerbietens eine Bedenkzeit ausbedungen hat, sofern nicht anders vereinbart worden, freisteht, innerhalb der ihm zustehenden Bedenkzeit die Erlangung eines ihm vortheilhafteren Anerbietens in anderem Wege zu versuchen, ohne daß dadurch die Rechtsbeständigkeit der ursprünglichen ihm gemachten Offerte irgendwie afficirt wird und die Abhaltung einer generellen Licita-

tion nach Beendigung der Speciallicitationen nach Inhalt der betreffenden Licitationsbedingungen dem Kläger nicht untersagt worden ist;

in Erwägung, daß daher die Vornahme jener generellen Licitation eine zum Nachtheil des Beklagten unternommene Contractswidrigkeit um so weniger involvirt, als im Falle der Unterlassung derselben der dem Beklagten ertheilte Zuschlag, dessen er entbunden zu werden sich bemüht hat, unzweifelhaft approbirt worden wäre, wie es denn auch nicht einzusehen ist, in welcher Weise seine Gerechtsame durch den am Schlusse des Licitationsprotocolls demselben hinzugefügten Vorbehalt der Genehmigung der Commüne sollten beeinträchtigt worden sein;

in Erwägung, daß ebenfalls die dem Kläger zum Vorwurf gemachte Vornahme der generellen Licitation als eine gesetzwidrige, durch die Verordnung vom 22. August 1736 untersagte Handlung nicht angesehen werden kann, indem das durch diese Verordnung erlassene Verbot des Abhaltens mehrerer Licitationen über den nämlichen Gegenstand in dem Falle cessirt, in welchem die zweite Licitation die Totalität der früher einzeln zum Aufgebot gebrachten Posten zum Gegenstande hat, die Vornahme derartiger nachträglicher Aufgebote vielmehr für einzelne Fälle sogar gesetzlich vorgeschrieben ist (cf. die Verordnung vom 14. April 1840), und jedenfalls die Gesetzwidrigkeit der zweiten Licitation nicht die Ungültigkeit der erstern zur Folge haben würde;

in Erwägung, daß demnach das vom Kläger bei Abhaltung der Licitation beobachtete Verfahren dem Beklagten einen rechtlichen Grund nicht an die Hand hat geben können, dem Oberlandwegeinspectorate seine Weigerung zur Folgeleistung der an ihn gerichteten Aufforderung des Klägers vom 23. April 1854 zu erklären und das Verharren bei dieser Weigerung, nachdem er hierauf durch das Schreiben des Klägers vom 4. Mai zur Solemnisirung des Contracts aufgefordert worden, durch die excipiendo von ihm vorgebrachte Behauptung, keine Kunde von der erfolgten höhern Approbation erhalten zu haben, als gerechtfertigt deshalb nicht erscheint, weil, abgesehen davon, daß es, um hiervon Kunde zu erhalten, nur einer Vorfrage beim Kläger bedurft hätte, die Aufforderung des bauführenden Beamten, den Contract zu vollziehen, selbstverständlich nur auf Grundlage der ihm hierzu von Seiten der höhern Behörde ertheilten Vollmacht an den Beklagten hat gerichtet werden dürfen;

in Erwägung, daß überdies auch in dem schließlichen Schreiben des Klägers an den Beklagten vom 24. Mai der erfolgten höheren Approbation ausdrücklich Erwähnung geschehen ist und der Einwand des Beklagten, daß derzeit wegen der am nämlichen Tage geschehenen anderweitigen Verlicitirung der streitigen Entreprisen res integra nicht mehr vorhanden gewesen, auf rechtliche Berücksichtigung deshalb keinen Anspruch machen kann, weil unerachtet der Verlieitirung, auf welche Beklagter sich beruft, ihm die Erfüllung der von ihm übernommenen Verpflichtung bis weiter noch immer offen gehalten worden, die Grundlosigkeit seiner Behauptung aber, daß durch die erwähnte Verlicitirung die Anschaffung des von ihm zu liefernden Materials rc. vertheuert worden, von selbst einleuchtet;

in Erwägung, daß ferner Kläger nicht verbunden gewesen ist, den Beklagten vor Geltendmachung des erhobenen Entschädigungsanspruchs auf Vollziehung des nach den Licitationsbedingungen zu errichtenden schließlichen Contracts zu belangen, indem, wenn auch in den Bedingungen einer Contractserrichtung über die approbirten Offerten erwähnt worden, Licitationen doch gleich andern Consensualcontracten durch den erklärten übereinstimmenden Willen der Paciscenten allein perfect geworden sind und mithin aus dem Vertrage an sich auf Erfüllung oder Präftirung des Interesses wegen verweigerter Erfüllung unabhängig von der vorherigen Solemnisation geklagt werden kann;

in Erwägung, daß in gleicher Weise für den Kläger keine Veranlassung vorgelegen hat, die Verlicitirung der vom Beklagten übernommenen Entreprisen in Gemäßheit des § 5 der speciellen Licitationsbedingungen auf etwanige Rückständezu beschränken, da bei der Weigerung des Beklagten, seine Verbindlichkeit überhaupt zu erfüllen, von Rückständen derselben die Rede nicht hat sein können, Kläger auch, nachdem für ihn durch die Weigerung des Beklagten die Nothwendigkeit herbeigeführt worden war, die von demselben zu beschaffenden Leistungen auf dessen Kosten durch Dritte zur Ausführung bringen zu lassen, selbstverständlich nicht gehalten gewesen ist, durch Berücksichtigung etwaniger unter der Hand ihm gemachten Offerten das Interesse des Beklagten wahrzunehmen, vielmehr, um sich gegen künftige Verantwortung zu sichern, nur den gesetzlichen Weg der öffentlichen Versteigerung hat wählen dürfen, und ihm dabei der Umstand, daß die Entreprisen vereint zum Aufgebot gebracht worden, in Ermangelung gegentheiliger gesetzlicher Vorschriften mit Grund Rechtens nicht zum Vorwurf gemacht werden kann,

wird, da demnach die erste Beschwerde des Appellanten für begründet zu erachten, auf eingelegte Unterinstanzacten, sowie nach stattgehabter mündlicher Verhandlung, von Obergerichtswegen hiemittelst für Recht erkannt:

daß sententia a qua des Altonaer Magistrats vom 22. Febr. d. J. dahin zu reformiren, daß Beklagter und Appellat schuldig, die libellirten 2010 ℳ R.=M. nebst 5 pCt. Verzugszinsen,

vom Tage der Insinuation des ersten Decrets angerechnet, an den Kläger und Appellanten **in qual. qua** binnen 4 Wochen auszuzahlen, sowie die in der Unterinstanz erwachsenen Kosten, deren Verzeichnung und Ermäßigung vorbehältlich, binnen gleicher Frist zu erstatten, unter Compensation der Kosten dieser Instanz.

Wie denn solchergestalt hierdurch erkannt wird

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. **Publicatum** im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 2. October 1855.

Auf die gegen dies Urtheil vom Beklagten ergriffene Appellation erfolgte nachstehendes Erkenntniß:

Frederik der Siebente ꝛc.

In Sachen des Zahlmeisters der Altona-Kieler Eisenbahn, F. W. Stavenow in Altona, Beklagten, jetzt Appellanten, wider den Wegeinspector Jessen in Itzehoe, Namens der Bramstedt-Elmshorner Chausseebaukasse, **event.** Namens und in Vollmacht der **p. t.** Commünegevollmächtigten der Grafschaft Ranzau, Kläger, jetzt Appellaten, wegen verweigerter Ausführung übernommener Lieferungen und Arbeiten, daher Schadensersatzes, jetzt wider das Erkenntniß des Holsteinischen Obergerichts vom 2. October v. J.,

wird, nach verhandelter Sache, unter abschriftlicher Mittheilung der am 15. März d. J. hieselbst eingegangenen Erklärung des Appellaten an den Appellanten zur Nachricht, mit Beziehung auf die dem angefochtenen Erkenntnisse vorangestellten Entscheidungsgründe, sowie

in Erwägung, daß eine Nichtigkeit des vorliegenden Vertrags deshalb, weil der Appellant, angeblich in der Meinung, denselben mit der Regierung abzuschließen, befangen gewesen ist, während in Wirklichkeit die Commüne die Mitcontrahentin war, nicht anzunehmen ist, da dem behaupteten Irrthum über die Person des Mitcontrahenten, selbst wenn derselbe erwiesen wäre, im vorliegenden Fall eine den für das Zustandekommen des Vertrages erforderlichen Consens ausschließende Relevanz nicht beigelegt werden kann;

in Erwägung, daß auch in der nach beendigter Speciallicitation angestellten Generallicitation unter den vorliegenden Umständen eine Handlung, woraus auf die Absicht des Klägers, den Beklagten seiner in Gemäßheit des § 5 der Licitationsbedingungen übernommenen Verpflichtung zu entbinden, geschlossen werden müßte, nicht gefunden werden kann;

in Erwägung, daß eben so wenig eine Entbindung des Beklagten von der von ihm in Gemäßheit des § 5 der Licitationsbedingungen übernommenen Verpflichtung darin gefunden werden kann, daß die Bevollmächtigten des Wegedistricts am Schlusse der Licitation die Genehmigung der Commüne vorbehielten, dieser Vorbehalt vielmehr, da nach Inhalt des Ministerialrescripts vom 18. März 1854 sowohl, als nach dem lediglich die höhere Approbation vorbehaltenden § 5 der Licitationsbedingungen auf den Consens der Commüne selbst für die Perfection des betreffenden Vertrages im vorliegenden Fall überall nichts ankam, nichts weiter bedeuten konnte, als daß dieselben erst mit den übrigen Commünegevollmächtigten Rücksprache nehmen wollten, ehe sie den Wegebehörden ihre Wünsche in Bezug auf die Approbirung oder Disapprobirung der Licitation vorlegten, und jedenfalls — zumal da der gedachte Vorbehalt nach beendigter Special- und Generallicitation und nachdem Appellant seiner eigenen Angabe zufolge sich entfernt hatte, ausgesprochen worden — in Beziehung auf die Berechtigung und Verpflichtung des Beklagten völlig irrelevant war;

in Erwägung endlich, daß nach den Licitationsbedingungen der Anspruch der Entrepreneure auf Auszahlung der Licitationssumme für die ursprünglich vom Beklagten übernommenen Entreprisen jedenfalls zur Zeit der Anstellung der Klage bereits fällig, auch der für die vom Kläger vertretene Commüne entstandene Schaden genügend liquidirt war und vom Appellanten auch keine anderweitigen Momente vorgebracht sind, welche ihn von der Verbindlichkeit, von der Insinuation der Klage an Verzugszinsen zu zahlen, befreien könnten, wie denn auch zu einer Abänderung des angefochtenen Erkenntnisses in Betreff der Verurtheilung des Appellanten in die Kosten der Unterinstanz ein genügender Grund nicht vorliegt,

hiemit für Recht erkannt:

daß das angefochtene Erkenntniß zu bestätigen, Beklagter und Appellant auch schuldig sei, dem Kläger und Appellaten die Kosten dieser Instanz binnen 6 Wochen zu erstatten.

Die Kostenrechnung des Anwalts des Appellanten wird auf 71 ℛ 90 ß R.-M., die seines Actenprocurators auf 6 ℛ 39 ß R.-M., die Kostenrechnung des Anwalts des Appellaten auf 52 ℛ 17 ß R.-M. und die seines Actenprocurators auf 4 ℛ 5 ß R.-M. bestimmt.

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Oberappellationsgericht zu Kiel, den 25. Juni 1856.

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen **Henrici** *und* **Lucht.**
Gedruckt bei **Augustin** *in Glückstadt.*

32. Stück. Den 11. August 1856.

Das

Beweismittel des Schiedeseides.

Nach den Grundsätzen inländischer Praxis.

(Fortsetzung.)

§ 6.

Verfahren bis zur Eidesleistung.

Die Landgerichtsordnung **III.** 22, 2 schreibt vor, daß dem Kläger, „da er sich die **delatio juramenti ante litiscontestationem** vorbehalten, wenn er schon Nichts erwiesen, dem Beklagten das **juramentum** zu deferiren freistehet". Eine sich von selber ergebende Ausdehnung dieser Bestimmung gewährt dem Beklagten hinsichtlich seiner Einreden dieselbe Rechtswohlthat. Auch ist das „wenn er schon Nichts erwiesen" von jeher so verstanden worden, daß, wenn eine mit andern Beweismitteln versuchte Beweisführung mißlungen, nur noch der reservirte Schiedeseid deferirt werden kann. Jedoch hat diese Reservation nur Wirkung beim Verfahren **in ordinario**, im summarischen Verfahren genügt sie nicht, z. B. im Verfahren vor dem Kieler Niedergericht (Anz. 1841, S. 151), in Injuriensachen (Anz. 1847, S. 336 u. f. f.; vgl. eine ähnliche Aeußerung des vormaligen Schlesw. Obergerichts Anz. 1850, S. 280). Reservirung ist nicht Deferirung, und wenn im Bescheinigungsverfahren erst andere Beweismittel benutzt worden, so muß, soll der Eidesgebrauch gesichert sein, der Eid bei der Beweisantretung sofort **in eventum** deferirt werden. Es fragt sich, ob dasselbe gelten müsse, wenn für eine Ordinariensache von Parteien das summarische Verfahren, dessen Zulässigkeit vorausgesetzt, beliebt wird. Zwar hat einmal das Oberappellationsgericht (Anz. 1850, S. 28) entschieden, daß, wenn in einer **in ordinario** verhandelten Sache gegen das Erkenntniß der Unterinstanz **consensu partium** das Rechtsmittel der Supplication an das Obergericht ergriffen worden, darin kein Verzicht der Partei, weder auf die dritte Instanz überhaupt, noch auf die Oberappellation liege. Allein dies Beispiel paßt nicht für den Fall, wenn das summarische Verfahren von vorne herein beliebt wird; dieses Verfahren muß vielmehr, wenn es einmal gewählt ist, mit seiner ganzen Eigenthümlichkeit Statt haben, weshalb in solchem Fall z. B. auch nicht die Appellation, sondern die Supplication das richtige Rechtsmittel ist (Anz. 1842, S. 11). Im Audienztermin ist eine Reservation des Eides nicht erforderlich (Anz. 1851, S. 348), denn in diesem Termin ist bloß „ein Versuch der Güte vorzunehmen, und beim Mißlingen des Versuchs ein **laudum** abzugeben", das nur durch ausdrückliche Anerkennung, oder durch diesen gleich zu achtende concludente Handlungen (welche hierunter zu verstehen, darüber scheint eine Einstimmigkeit der Ansichten nicht zu herrschen, vgl. Anz. 1848, S. 155, 156 Schl.; 1851, S. 148; 1855, S. 30 O. A. G.; 1837, S. 53) zu einem **agnitum** wird. Wenn immer demnach das Verfahren **in ordinario** beginnt, ist Eidesdelation noch gestattet, wenn auch der Eidesgebrauch nicht **in audientia** reservirt worden (vgl. Francke, Proceß, I., S. 418 N. 4). Es dürfte hier jedoch hervorzuheben sein, daß, wenn die Parteien das **laudum** agnosciren, sie dadurch in der Regel auch in ein unbestimmtes summarisches Verfahren willigen (vgl. Anz. 1855, S. 30 O. A. G.), und daher consequent auch hinsichtlich des Beweisverfahrens die Grundsätze dieses Processes Statt haben müssen, so daß also entweder sofort eine eventuelle, oder doch eine zeitige (d. h. binnen laufender Beweisfrist zu beschaffende) Eidesdelation erforderlich erscheinen möchte. Die Reservation des Schiedeseides **in audientia** auf der anderen Seite, wie aus ihr keine **prorogatio fori** zu folgern ist, hat auch keine Wirkung für den Proceß **in ordinario** (Anz. 1847, S. 164); es ist demnach

beim Beginn des ordentlichen Verfahrens eine Reservation nöthig.

Die Delation des reservirten Schiedeseides ist nicht an die Beweisfrist gebunden, sie kann noch im Deductionstermin mit rechtlicher Wirkung vorgenommen werden, wie oft ausgesprochen worden (Anz. 1839, S. 366; 1843, S. 190; 1847, S. 336; 1852, S. 23 H. L. G. u. Note; 1853, S. 343; 1840, S. 145 Schl.). Eine eventuelle Delation genügt (Anz. 1848, S. 100; 1847, S. 318 Schl.). Das Oberappellationsgericht hat in einem neuern Fall (Anz. 1853, S. 343) hinsichtlich Altona's eine noch weiter gehende Frist zur Benutzung des Eides anerkannt, indem Eidesdelation noch gestattet ist, wenn schon der anderweitig versuchte Beweis für verfehlt erachtet worden. Das Oberappellationsgericht hat a. a. O. noch einen andern Punkt berührt. In Gemäßheit der erwähnten Praxis ist nach verfehltem Beweise dem Beweisführer vom Gerichte die Erklärung abzufordern, ob er noch von dem reservirten Schiedeseide Gebrauch machen wolle. In den übrigen Rechtsgebieten unseres Landes dürfte die Ansicht vorwalten, daß es lediglich Sache der Partei sei, ob sie desfällige Anträge stellen wolle, daß aber ohne Antrag der Partei überall nicht auf den Schiedeseid erkannt werden kann (Anz. 1840, S. 143 Schl.), und Reservation eben nur die Berechtigung giebt, bis zum Schlusse des Beweisverfahrens sich dieses Beweismittels bedienen zu können (Anz. 1847, S. 318).

Ist der Eid deferirt worden, so ist der Deferent dadurch doch nicht zur Benutzung desselben verpflichtet. Der Eid kann revocirt, und ihm andere Beweismittel substituirt werden. Diese Revocation des Eides ist „nach **l. 11 C. de Rebus creditis** 4, 1 unbestritten, und findet nach einem durch die Landgerichtsordnung, welche die Beweisführung begünstigt, und durch die Verordnung vom 11. Dec. 1758, welche den Gebrauch der Eide beschränkt, unterstützten Gerichtsgebrauche bis zur wirklichen Eidesableistung statt" (Anz. 1837, S. 333), mag auch die Beweisfrist bereits abgelaufen sein; denn eben durch die geschehene Eidesdelation wird diese als salvirt betrachtet (Anz. **ibidem**). Noch im Schwörungstermin selber kann daher der Eid revocirt werden (Anz. 1854, S. 329). Eben so steht aber auch „dem Delaten nicht allein das Recht zu, statt der Eidesacceptation Folge zu geben, sein Gewissen mit Beweis zu vertreten, sondern es ist ihm nach anerkannter Praxis und der Bestimmung des § 7 der Restitutionsverordnung vom 15. Mai 1834 (vgl. Anz. a. a. O. Note), auch wenn er bereits den Eid referirt, die Befugniß eingeräumt, die Relation zu revociren und die Gewissensvertretung zu versuchen". Weiter aber wird eine Revocation nicht gestattet, weder nach Gesetzen (**l. 34, 7 D. 12, 2**, besonders **l. 12 C. 4, 1**), noch nach der Praxis. Ist also der Eid referirt worden, so kann der Eidesdeferent jetzt nicht mehr den Eid revociren und die Gewissensvertretung wählen wollen, die nur eine unzulässige **reprobatio reprobationis** sein wird (Anz. 1854, S. 330 Note **). Auch Fuchs, **introd., I.**, 1, 7 **i. f.** sagt, der klägerische Anwalt habe seinen Clienten u. A. darauf aufmerksam zu machen, daß, wenn der deferirte Eid ihm zugeschoben werde, es ihm nicht mehr freistehe, **intentionem suam alio modo tunc probare**. Daß hiermit das Obgesagte gemeint sei, ergiebt sich mit vollkommener Gewißheit aus dem **Index**, wo **sub voce: Juramentum**, mit den Worten „**cui relatum est juramentum per alias probationes illud declinare non potest**" auf die citirte Stelle hingewiesen ist. Doch mag hier einer Note des Herausgebers des Friedrichstädter Stadtrechts im **Corp. stat. Slesvic. p. III.** S. 217 gedacht werden, wo unter Bezugnahme auf ein paar Präjudicate gesagt wird, daß es dem Kläger auch jetzt noch gestattet werde, sein Gewissen mit Beweis zu vertreten, und gemeinrechtlich wird ja auch von Vielen dem Relaten noch die Revocation des Eides gestattet; von Einigen sogar dann noch, wenn bereits die Beweisfrist abgelaufen. Jenes ließe sich immer noch vertheidigen, wenn man die substituirte Beweisführung nicht als **reprobatio reprobationis** ansieht und die Rechte des Referenten dadurch nicht gekränkt hält; die letztere Ansicht ist aber eine wirklich grundlose.

Ist in einer Sache der Gebrauch des Schiedeseides nicht gestattet, so fragt sich, ob die Delation auch in diesem Fall die Beweisfrist salvire. Nun ist zwar ausgesprochen (Anz. 1854, S. 333), daß durch Antretung des Beweises mittelst eines unzulässigen Beweismittels nicht die Beweisfrist salvirt werde, und dies gilt auch von dem Schiedeseid; aber doch nur insofern, als die Unzulässigkeit durch richterliches Erkenntniß ausgesprochen ist. Für die eventuelle Eidesdelation kommen selbstverständlich dieselben Grundsätze zur Anwendung. Nimmt daher die Partei die **in concreto** unzulässige Eidesdelation zwar erst nach verstrichener Beweisfrist, aber ehe gerichtsseitig das Beweismittel verworfen, zurück, so wird eben die Unzulässigkeit nicht als constatirt erachtet, und die Beweisfrist gilt für salvirt (Anz. 1837, S. 333; 1854, S. 331). Nach revocirtem Eide beginnt eine neue Beweisfrist, welche von der Revocation an zu laufen beginnt (Anz. 1845, S. 151, Note). Demnach kann es vorkommen, daß der Beweisführer erst anderweitig Beweis zu führen sucht, darnach den reservirten Schiedeseid deferirt und auch diesen revocirt, um demselben neue Beweismittel zu substituiren. Ein Weiteres aber steht nicht frei, denn der, welcher einen deferirten Eid revocirt hat, kann nach **l. 11 C. 4, 1** nach verfehltem Beweise nun nicht abermals zur Eidesdelation greifen (Anz. 1853, S. 331). Dasselbe dürfte für den De-

laten, der die Gewissensvertretung wählt, gelten müssen. Denn auch ihm ist, wenn er nach revocirter Acceptation oder Relation des Eides auf diese Art den Gegenbeweis versucht hat, nicht ferner die Acceptation oder Relation des Eides zu gestatten. Das vormalige Schleswigsche Obergericht stellte (Anz. 1842, S. 345) ein anderes Raisonnement auf. Es hatte der Beklagte von der Eidesdelation Gebrauch gemacht, und erst, nachdem der Eid schon vom Gegner angenommen worden, in Gemäßheit des § 7 der Restitutionsverordnung einen Zeugenbeweis angetreten, dabei zugleich erklärt, daß er die Eidesdelation vorläufig zurücknehme. Als nun der Zeugenbeweis als verfehlt sich darstellte, wollte Beklagter wieder zur Eidesdelation greifen, und das Schleswigsche Obergericht fand hiergegen nichts zu erinnern. Der § 7 cit. gestatte es nämlich statt eines deferirten Eides, auch wenn er schon acceptirt sein sollte, annoch von neuen Beweismitteln Gebrauch zu machen. Der Ausdruck „statt des deferirten Eides" könne jedoch nicht so gedeutet werden, daß die neuen Beweismittel dergestalt an die Stelle der Eidesdelation treten solle, daß es dem Beweisführer nicht freistehe, annoch später wieder zu denselben zu recurriren; vielmehr habe nur ausgesprochen werden sollen, daß es der beweisführenden Partei, wenn sie neue Beweismittel auffinde, ungeachtet der stattgehabten Eidesdelation und Acceptation, unbenommen bleibe, annoch diese neuen Beweismittel zu gebrauchen. Letztere Aeußerung, welcher Ansicht man auch folgen mag, enthält für die vom Schleswigschen Obergericht vertheidigte einen Grund wohl nicht.

(Die Fortsetzung folgt.)

Entscheidungen.

Die Einreden der Simulation und des Dolus erfordern eine die Klage elidirende thatsächliche Begründung und können keine Berücksichtigung finden, sofern sie nur gerichtet sind gegen ein erst im Beweisverfahren als etwaniges Beweismittel in Betracht kommendes Document.

In Sachen des Kieler Bürgers und Maklers J. L. C. Bandtholz, Beklagten und Appellanten, wider den Kieler Bürger und Kaufmann J. W. Flege, Kläger und Appellaten, wegen schuldiger 2746 ℛ 13 ß R.=M.,

ergeben die Acten:

Der jetzige Appellat hat wider den jetzigen Appellanten bei dem Kieler Magistrat klagend vorgebracht, er habe für den Branntweinbrenner Asmus Heinrich Behrend Witthöfft hinsichtlich verschiedener Wechselschulden die selbstschuldige Bürgschaft übernommen und sei genöthigt gewesen, weil der Hauptschuldner die Wechsel nicht eingelöst:

1) an den Advocaten Claussen Namens seiner Schwiegermutter, der Kriegscanzleiseeretairin Rahbeck, unterm 3. Januar 1845 400 ℛ Cour. nebst 12 ℛ Zinsen;
2) an den Advocaten Rendtorff unterm 15. s. M. 400 ℛ Cour. nebst 6 ℛ Zinsen;
3) an den Actuar Kübel unterm 16. s. M. 1000 ℛ Cour. nebst 40 ℛ Zinsen

zu bezahlen. Gegen den Kläger, als Bürgen für die fraglichen Schuldposte, habe nun wieder der Beklagte die Rückbürgschaft übernommen und habe zur Sicherheit seiner desfallsigen Regreßansprüche den Branntweinbrenner Witthöfft veranlaßt, ihm am 6. Januar 1845 einen hypothekarischen Schadloshaltungsrevers auszustellen und selbigen auf den Folien seiner Grundstücke protocolliren zu lassen, wie solches gerichtskundig sei. Eine Abschrift dieses Reverses, mittelst dessen Witthöfft bekannt, daß Kläger für die obigen Wechselschulden die Bürgschaft übernommen, sowie daß der Beklagte hierfür wiederum Rückbürgschaft geleistet, und worin demnächst die Verpflichtung zur Schadloshaltung des Letzteren übernommen ward, ist der Klage angelegt worden.

Ferner habe der Beklagte unterm 26. März 1842 von der Kieler Spar= und Leihkasse 3000 ℒ Cour. angeliehen, wofür der Kläger die selbstschuldige Bürgschaft übernommen und in Folge dessen gezwungen worden sei, auf Verlangen die geschuldigte Summe nebst 300 ℒ Cour. rückständigen Zinsen zu bezahlen, sich dafür jedoch die der Spar= und Leihkasse zuständigen Rechte auf das Capital nebst 5 pCt. Zinsen vom 23. September 1850 an ausdrücklich habe cediren lassen.

In dieser Weise sei der Beklagte dem Kläger die Summen von resp. 1858 ℛ Cour. und 1000 ℛ Cour. nebst 5 pCt. Zinsen für 1000 ℛ Cour., vom 23. September angerechnet, schuldig geworden. Dagegen schulde Kläger dem Beklagten aus einem am 23. September 1843 ausgestellten, am 23. September 1844 fällig gewordenen Wechsel 1000 ℛ nebst 5 pCt. Zinsen für 10 Monate bis zum 23. Januar, im Betrage von 41 ℛ 32 ß Cour., zusammen also 1041 ℛ 32 ß Cour., welche er gegen Zurückgabe des Wechsels in dem Be-

trage der im Januar 1845 von ihm als Bürgen von Witthöfft berichtigten Wechselschulden sich kürzen zu lassen bereit sei, und habe ferner der Beklagte im Laufe des Jahres 1844 zu zweien Malen 100 ℳ Cour. baar an den Kläger ausbezahlt, so daß die Gesammtforderung noch 1716 ℳ 16 ß Cour. nebst 5 pCt. Zinsen für 1000 ℳ Cour., vom 23. September 1850, betrage.

Der jetzige Appellat hat auf diese Behauptungen den Klagantrag gestützt, daß der Beklagte, jetzige Appellant, schuldig erkannt werden möge, die libellirten 1716 ℳ 16 ß Cour. nebst 5 pCt. stipulirter Zinsen für 1000 ℳ Cour., vom 23. September 1850 bis zur Zahlung gerechnet, sowie nebst 5 pCt. Verzugszinsen für die übrigen 716 ℳ 16 ß Cour., von der Insinuation der Klage angerechnet, zu bezahlen und die Proceßkosten zu erstatten.

Excipiendo hat der Beklagte sich dahin vernehmen lassen, wie er nicht wisse, ob der Kläger die fraglichen Schuldpöste als Bürge für Witthöfft bezahlt habe, und leugne, daß er gegen den Kläger, als Bürgen für diese Wechselschulden, die Rückbürgschaft übernommen habe. Der von dem Kläger angezogene Schadloshaltungsrevers könne schon aus dem Grunde, weil er ein Geschäft Dritter betreffe, für die angebliche Rückbürgschaft keinen Beweis liefern. Die Sache verhalte sich aber in Wahrheit folgendermaaßen: Beklagter habe Witthöfft der Zeit 6000 ℔ Cour. baar angeliehen gehabt, während Kläger, wie die Klage ergebe, für eine Schuld von 1800 ℔ Cour. Bürgschaft geleistet. Da sie nun beide ungefähr gleich bei dem drohenden Concurse Witthöfft's betheiligt gewesen, sei zwischen ihnen die Vereinbarung getroffen worden, gemeinschaftliche Sache zu machen, deshalb die zu ihrer Befriedigung erforderlichen Schritte zu thun und Alles, was der Eine oder der Andere von Witthöfft oder dessen Concursmasse erhalte, zu theilen. Zu dem Ende habe der Beklagte sich zunächst von Witthöfft über seine Forderungen an ihn Schuld- und Pfandverschreibungen ausstellen lassen und habe, als der Kläger ungeachtet der an ihn erlassenen Aufforderung, sich eine gleiche Sicherheit zu verschaffen, dies nicht gethan, ohne jemals demselben gegenüber eine Rückbürgschaft übernommen zu haben, sich von Witthöfft einen Revers ausstellen lassen, worin dieser ihm wegen seiner Regreßansprüche aus einer gegen den Kläger übernommenen Rückbürgschaft seine Güter verpfändet. Beklagter habe, um die **negotia** des Klägers zu geriren und mit Rücksicht auf die zwischen ihnen verabredete Uebereinkunft, den Verlust bei Witthöfft zu theilen, so gehandelt. Auf diese Darstellung hin hat der Beklagte darauf der Klage und der behaupteten Rückbürgschaft die Einrede des Scheingeschäfts und der **exceptio doli** opponirt.

Was den zweiten Theil der Klage betrifft, so hat der Beklagte eingeräumt, im März 1842 von der Kieler Spar- und Leihkasse 3000 ℔ Cour. unter Bürgschaft des Klägers angeliehen zu haben, sowie gleichfalls, daß Kläger diese 3000 ℔ Cour. nebst 300 ℔ Cour. Zinsen, bis zum 23. Septbr. 1850, an die Spar- und Leihkasse bezahlt und dafür **jura cessa** erhalten. Damit habe es aber die Bewandtniß, daß der Beklagte diese Summe nur zu dem Zwecke aufgenommen, um sie dem Kläger zu geben, nach dessen Anweisung er sie auch sofort an den Compagnon des Klägers, Sengerob, ausgeliefert und dafür einen von Flege & Sengerob ausgestellten, auf 1000 ℳ Cour. lautenden Wechsel erhalten habe. Dieser Wechsel sei später gegen einen am 23. September 1843 vom Kläger allein ausgestellten Wechsel ausgetauscht worden, Beklagter habe die Zinsen für die von der Spar- und Leihkasse angeliehenen 3000 ℔ Cour. bis zum 23. September 1848 halbjährlich bezahlt und seien ihm dieselben nur bis zum 23. September 1845 gegen Aushändigung der betreffenden Quittungen erstattet worden, so daß er für die nachfolgende Zeit noch mit 150 ℳ Cour. in Vorschuß sei. Daraus folge, daß der Kläger durch die Zahlung des Capitals und der rückständigen Zinsen an die Spar- und Leihkasse nur seine eigene Verbindlichkeit getilgt, weil dies Geld ursprünglich von dem Beklagten für den Kläger angeliehen und an ihn abgeliefert worden, die Zinsen des vom Kläger ausgestellten Wechsels, welcher zu seiner Disposition stehe, auch nie bezahlt seien.

Eventuell hat der Beklagte die in der Klage concedirten Gegenforderungen acceptirt und schließlich noch die Einrede der Pluspetition opponirt, da jedenfalls die Zinsen des vom Kläger am 23. September 1843 ausgestellten Wechsels von diesem Tage bis zur Zahlung mit 5 pCt. in Berechnung gebracht werden müßten.

In Verbindung hiemit hat der Beklagte **reconveniendo** geltend gemacht:

1) Er habe, wie angeführt worden, mit dem Kläger und Reconventen die Vereinbarung getroffen, daß sie im Falle eines Concurses von Seiten Witthöfft's ihre Verlüste zu gleichen Theilen tragen wollten; es sei nun gerichtskundig, daß Reconvenient damals ein Capital von 2000 ℳ verloren, der Reconvent dagegen, wie aus der Klage erhelle, nur 1800 ℳ Cour. Capital, und werde daher von ihm in Gemäßheit der Verabredung die Summe von 100 ℳ Cour. gefordert.

2) Ferner habe Reconvenient, wie bereits erwähnt, aus der für den Reconventen beschafften Verzinsung der von der Spar- und Leihkasse an-

geliehenen 3000 ℔ für die Zeit vom 23. September 1845 bis dahin 1848 150 ℛ zu fordern.

3) Im Jahre 1842 habe der Reconvent für seine und des Reconvenienten Rechnung von Kloß & Sohn eine bedeutende Quantität Weine gekauft und nach vorgängiger Vereinbarung wiederum auf gemeinschaftliche Rechnung verkauft; es sei bedeutend dabei verdient, und die Hälfte dieses aus der zu edirenden Rechnung sich ergebenden Verdienstes komme dem Reconvenienten zu.

Der Beklagte hat demnach auf Abweisung der Klage und Verurtheilung des Klägers und Reconventen zur Bezahlung der sub 1 und 2 erhobenen Gegenforderungen nebst 5 pCt. Verzugszinsen, vom Tage der erhobenen Reconvention, zur Rechnungsablage über das sub 3 beschriebene Weingeschäft, sowie zur Erstattung der Kosten angetragen.

Replicando hat der Kläger die von dem Beklagten in Betreff des von Witthöfft ausgestellten Schadloshaltungsreverses gelieferte Darstellung geleugnet, wie er denn nie mit dem Beklagten die Vereinbarung getroffen, hinsichtlich ihrer beiderseitigen Forderungen an Witthöfft gemeinschaftliche Sache zu machen und den Verlust zu theilen, auch nicht wisse, ob derselbe in jenem Concurse 2000 ℛ Capital verloren. Dagegen ist eingeräumt worden, daß der Beklagte die von der Spar- und Leihkasse angeliehenen 1000 ℛ wiederum gegen Wechsel an Flege & Sengerob geliehen und daß Beklagter dafür am 23. September 1843 einen vom Kläger ausgestellten Wechsel erhalten habe. Wenn Beklagter die an die Spar- und Leihkasse bezahlten Zinsen vom Kläger oder seinem Compagnon wieder erstattet erhalten, d. h. wenn ihm eine gleiche Summe Geld ausbezahlt worden, so seien dies die Zinsen des vom Kläger ausgestellten Wechsels gewesen, welche er vermeintlich noch nicht bezahlt gehabt, die Schuld des Beklagten habe aber nie aufgehört, seine eigene Schuld zu sein.

In Betreff der Einrede der Pluspetition ist bemerkt worden, daß der Beklagte vom 23. Januar 1845 an keine Zinsen für den vom Kläger ausgestellten Wechsel fordern könne, weil die Wechselforderung damals schon durch Compensation mit der bereits existent gewordenen Forderung aus der Rückbürgschaft erloschen gewesen. Mit Rücksicht auf die erhobene Reconvention hat der Kläger sich **ad passus** 1 und 2 auf seine Klage und Replik bezogen und **ad passus** 3 eingeräumt, für eigene Rechnung im Jahre 1842 von Kloß & Sohn eine Quantität Weine gekauft zu haben. Die Vereinbarung, diese Weine für gemeinschaftliche Rechnung anzukaufen und wiederum zu verkaufen, ist geleugnet worden; vielmehr sei noch vereinbart, daß der Reconvenient zur Berichtigung des Kaufpreises von 2000 ℔ Cour. 1000 ℔ Cour. hergeben solle, was er indessen nicht gethan und daher aus der nicht zu Stande gekommenen Vereinbarung keine Ansprüche herleiten könne, weshalb um Entbindung von der angestellten Reconvention und Kostenerstattung gebeten ist.

Duplicando hat der Beklagte in Beziehung auf die **reconveniendo** aus dem Weingeschäft erhobene Forderung abgeleugnet, daß seine Theilnahme daran an die Bedingung geknüpft worden, daß er zur Bezahlung des Kaufpreises 1000 ℔ Cour. hergebe.

Nach stattgehabter Verhandlung hat der Kieler Magistrat unterm 17. Febr. d. J. erkannt:

definitiv,

daß Reconvenient mit seiner erhobenen Wiederklage auf Erstattung der 150 ℛ, welche er als die stipulirten 5 pCt. Zinsen eines von ihm bei der Spar- und Leihkasse angeliehenen Capitals von 1000 ℛ für den Zeitraum vom 23. September 1845 bis dahin 1848 bezahlt hat, abzuweisen sei, sowie

daß Reconvent schuldig sei, dem Reconvenienten in Betreff der im Jahre 1842 für gemeinschaftliche Rechnung von Kloß & Sohn gekauften Weine, vorbehältlich seiner Gerechtsame, wegen der behauptlich von dem Reconvenienten mit Rücksicht auf diese Societät zu zahlenden Beitrags von 1000 ℔ nebst etwanigem Interesse innerhalb Ordnungsfrist von 6 Wochen Rechnung abzulegen;

und ferner interlocutorisch

1) **in conventione:**

Könnte und würde Kläger innerhalb Ordnungsfrist, unter Vorbehalt des Eides und des Gegenbeweises, rechtlicher Art nach darthun und beweisen:

daß er als Bürge des Branntweinbrenners Witthöfft eine demselben gegen die Kriegscanzleisecretairin Amalie Rahbeck, geb. Knöck, obliegende Wechselschuld von 400 ℛ Capital nebst 12 ℛ Zinsen, ferner eine demselben gegen den Advocaten Rendtorff obliegende Wechselschuld von 400 ℛ nebst 6 ℛ Zinsen und endlich eine demselben obliegende Wechselschuld von 1000 ℛ Cour. nebst 40 ℛ Zinsen bezahlt, daß er diese Zahlungen bis zum 23. Januar 1845, **event.** wann später geleistet, und daß gegen den Kläger, als Bürgen für obgedachte Wechselschulden des Branntweinbrenners Witthöfft, der Beklagte die Rückbürgschaft übernommen habe;

2) **in reconventione:**

Könnte und würde Beklagter und Reconvenient innerhalb Ordnungsfrist, unter Vorbehalt des Eides und des Gegenbeweises, rechtlicher Art nach darthun und erweisen:

daß er und der Reconvent in Betreff ihrer beiderseitigen Ansprüche an den Branntweinbrenner Witthöfft die Vereinbarung getroffen haben, sie wollten im Falle eines Concurses gleichen Verlust tragen, und daß er im Witthöfft'schen Concurse ein protocollirtes Capital von 2000 ℳ verloren habe,

dann würde nach solchen geführten oder nicht geführten Beweisen in der Convention und der Reconvention, sowohl in der Hauptsache, in so weit nicht bereits definitiv darüber erkannt worden, als auch wegen sämmtlicher Kosten, weiter ergehen, was Rechtens.*)

Gegen dieses Erkenntniß hat der Beklagte das Rechtsmittel der Appellation interponirt, die üblichen Solemnien prästirt und folgende Beschwerden aufgestellt:

---

*) In den Entscheidungsgründen heißt es:

In Erwägung, daß der von dem Kläger behauptete Umstand, Beklagter hode mit Rücksicht ouf seine gegen den Kläger übernommene Rückbürgschaft von Witthöfft sich einen Schadloshaltungsrevers ausstellen lassen, die behauptete Rückbürgschaft nicht thatsächlich begründet, sondern nur etwo ols die übernommene Rückbürgschoft indicirend in Betracht kommen kann, daß daher die rechtliche Würdigung dieses behaupteten Umstandes dem Beweisverfahren vorbeholten werden muß und daß folglich der Beklagte nicht für verpflichtet erachtet werden konn, im ersten Verfahren sich über diese behauptliche Thatsache und die darüber ausgestellte, im Originol nicht vorgelegte Urkunde zu erklären;

in fernerer Erwägung, daß der Kläger seine drei zuerst specificirten Forderungen im Gesammtbetrage von 1858 ℳ auf die beiden Behouptungen stützt, er hode diese Summen an die namhaft gemachten Gläubiger des Witthöfft ols Bürge desselben gezohlt, und Beklagter habe gegen ihn in Beziehung ouf diese von dem Klöger für Witthöfft übernommenen Bürgschoften die Rückbürgschaft übernommen, daß der Beklagte diese beiden Behauptungen in Abrede gestellt hot, indem die eventuelle Bezugnahme des Beklagten auf die von dem Klöger für Witthöfft übernommenen Bürgschaften und die in Folge dessen von ihm erlittenen Verlüste wegen der gebotenen Eventualmaxime das principale Ableugnen nicht unwirksam macht, daß ferner die von dem Beklagten opponirte Einrede der Simulation nicht zu beachten ist, weil der Beklagte nicht eventuell behauptet hot, die Rückbürgschoft gegen den Kläger sei simulirt, daß ferner die diesem Theil der Klage opponirte exceptio doli jeder hier in Betracht zu ziehenden thatsächlichen Begründung entbehrt, da die Ausführungen des Beklagten für diesen Zweck nicht auf das Rechtsgeschäft selbst, mittelst dessen die Rückbürgschaft übernommen, sondern nur auf den von Witthöfft behauptlich an den Beklagten ausgestellten Schodloshaltungsrevers sich beziehen, welcher, wie oben ausgeführt worden, nur als etwaniges Beweismittel für die behauptlich übernommene Rückbürgschaft in Betracht gezogen werden kann, und daß demnoch olle Einwendungen gegen die ous dem Schadloshaltungsrevers gezogenen Folgerungen der Beurtheilung im Beweisverfahren vorbehalten werden müssen; daß diesem Allen noch der Kläger zum Beweise seiner obigen Behauptungen zuzulassen ist;

in fernerer Erwägung, doß der Kläger zur Begründung seiner Forderungen, insofern solche ous den an die hiesige Spor- und Leihkasse von ihm für den Beklagten geleisteten Zahlungen hergeleitet werden, behauptet hat, Beklagter habe die fraglichen 1000 ℳ unter des Klägers Bürgschaft geliehen und Kläger habe als Bürge dos Capital nebst den verzeichneten Zinsen gegen erhaltene jura cessa zurückgezahlt, daß diese Behauptungen von dem Beklagten eingeräumt sind und daß nach solchen Zugeständnissen die von dem Beklagten vorgetragene und von dem Kläger eingeräumte Behauptung, die Anleihe bei der Spor- und Leihkasse habe der Beklagte gemacht, weil Klöger der betreffenden Summe bedurft und jenen zu der Anleihe oufgefordert habe, und Beklagter hobe die von der Spar- und Leihkasse empfangenen 1000 ℳ sofort wieder an den Kläger und dessen derzeitigen Compognon Sengerob gegen Ausstellung eines Wechsels geliehen, das von dem Beklagten mit der Spor- und Leihkasse abgeschlossene Anleihegeschäft rechtlich nicht berührt und den von dem Beklogten aus diesen Thatsachen abgeleiteten Schluß nicht rechtfertigt, die von ihm gegen die Spar- und Leihkasse eingegangene Schuld sei Namens des Klägers eingegangen, daß diesemnach in Beziehung auf die fraglichen 100 ℳ, imgleichen auf die 1000 ℳ nebst 5 pCt. Zinsen seit dem 23. September 1850 actio fundata et probata ist;

in fernerer Erwägung, doß dessenunerachtet auch in Betreff dieses Theils der eingeklagten Forderung zur Zeit eine condemnatorische Sentenz nicht obgegeben werden kann, weil der Kläger dem Beklagten zwei Gegenforderungen von resp. 1000 ℳ nebst 41 ℳ 32 ß Zinsen aus einem om 23. September 1843 ausgestellten Wechsel und 200 ℳ ous zwei im Jahre 1844 empfangenen Zahlungen zugesteht, welche, insofern sie nicht durch die noch streitige Forderung des Klögers aus der Rückbürgschaft consumirt worden, event. auf die klägerischen beiden Forderungen von 100 ℳ und 1000 ℳ nebst Zinsen abzurechnen sein werden;

in fernerer Erwögung, daß die von dem Beklagten opponirte Einrede der Pluspetition, insofern dadurch erreicht werden soll, daß der Kläger mit den stipulirten 5 pCt. Zinsen seiner geständigen Wechselschuld von 1000 ℳ bis zu dem Zeitpunkte belastet

1) daß erkannt, wie geschehen, und nicht vielmehr mit Rücksicht auf die dem Kläger und jetzigen Appellaten wegen seiner Rückbürgschaftsforderung entgegengestellte **exceptio simulationis et doli** dem Beklagten und jetzigen Appellanten der Beweis auferlegt worden, daß die behauptlich vom Beklagten dem Kläger gegenüber übernommene Rückbürgschaft nur zum Schein übernommen, insbesondere, daß der von Witthöfft seiner Zeit ausgestellte Schadloshaltungsrevers nur zum Schein ausgestellt worden;

2) daß nicht der Kläger mit seiner **ex jure cesso** gemachten Forderung wegen einer an die Kieler Spar- und Leihkasse angeblich geleisteten Zahlung von 100 und 1000 ℛ nebst den für diese 1000 ℛ mit 5 pCt. vom 23. September 1850 bis zur Zahlung zu berechnenden Zinsen unter Kostenerstattung abgewiesen und folgeweise **in reconventione** schuldig erkannt worden, dem Beklagten und Appellanten die für ihn mit 150 ℛ an die Kieler Spar- und Leihkasse gezahlten Zinsen unter Verurtheilung zur Kostenerstattung innerhalb Ordnungsfrist zu erstatten, **event.**

3) daß nicht dem Beklagten und jetzigen Appellanten in dieser Beziehung **salv. salv.** zu beweisen auferlegt, daß er im März 1842 im speciellen Auftrage des Klägers und für ihn von der Kieler Spar- und Leihkasse 1000 ℛ angeliehen und diese 1000 ℛ sofort in seinem Auftrage an dessen Compagnon Sengerod abgeliefert habe,

und steht demnach zur Frage, inwiefern diese Beschwerden begründet sind.

In Erwägung nun, daß, was die vorgeschützte **exceptio simulationis et doli** betrifft, es Sache des Beklagten gewesen, zur Begründung dieser Einreden selbstständige Thatsachen anzuführen, die geeignet wären, in dem vorliegenden Fall, auch wenn im Allgemeinen die erforderlichen Voraussetzungen der angestellten Klage vorhanden gewesen, das Klagerecht

---

werde, da diese Wechselschuld durch Compensation erlaschen, erst in dem Definitiverkenntniß ihre Erledigung finden kann, wenn nach beendigtem Beweisverfahren in Betreff der aus der Rückbürgschaft hervorgeleiteten Forderung schließlich festgestellt sein wird, ob die Wechselschuld des Klägers durch seine aus der Rückbürgschaft oder durch seine für den Beklagten an die Spar- und Leihkasse geleistete Zahlung erloschen ist; daß aber insofern jener Einrede zum Vorwurf dient, die stipulirten 5 pCt. Zinsen jener Wechselschuld habe der Kläger erst vom 23. März 1844 an berechnet, da diese Zinsenschuld ihm doch vom Tage der Ausstellung des Wechsels, vom 23. September 1813 an, zur Last falle, dieselbe durch das Zugeständniß des Beklagten widerlegt wird, Kläger habe ihm bis zum 23. September 1845 die an die Spar- und Leihkasse gezahlten 5 pCt. Zinsen für das dort angeliehene Capital der 1000 ℛ erstattet, warin unter den obwaltenden Verhältnissen implicite das Zugeständniß gefunden werden muß, Kläger habe bis zum 23. September 1845 die 5 pCt. Zinsen seiner Wechselschuld von 1000 ℛ an den Beklagten bezahlt; sowie auf der andern Seite, nachdem der Kläger einmal mit Beziehung auf seine Wechselschuld die specificirte Zinsenschuld von 41 ℛ 32 ß eingeräumt und der Beklagte dieses Zugeständniß acceptirt hat, das ausgesprochene Reservat der Gerechtsame wegen behauptlich irrigen Zugeständnisses mindestens in diesem Rechtsstreit ohne Einfluß bleiben muß;

in fernerer Erwägung, daß der Beklagte und Reconvenient seine Behauptungen, er habe im Witthöfft'schen Concurse ein protocollirtes Capital von 2000 ℛ verloren, während der Capitalverlust des Recanventen geständigermaaßen nur 1800 ℛ betragen habe, und beide hätten sich vereinbart, daß sie wegen ihrer Forderungen an Witthöfft gemeinschaftliche Sache machen und im Fall eines Concurses den Verlust theilen wollten, zu beweisen hat, weil solche von dem Reconventen in Abrede gestellt worden, während die unter den Parteien streitige Frage, ob und wie viele Zinsen Recanvenient bei Witthöfft verlaren habe, einer Beweisauflage nicht bedarf, weil derselbe aus diesem Umstande in dem vorliegenden Verfahren keine Ansprüche hergeleitet hat;

in fernerer Erwägung, daß aus dem von dem Reconventen zugestandenen Umstande, Recanvenient habe während der drei Jahre vom 23. September 1845 bis dahin 1848 die stipulirten 5 pCt. Zinsen des von der Spar- und Leihkasse angeliehenen Capitals von 1000 ℛ mit 150 ℛ bezahlt, demselben eine Forderung gegen den Recanventen nicht erwachsen ist, weil nach der obigen Ausführung der Recanvenient durch solche Zahlung seine eigene Schuld getilgt hat;

in endlicher Erwägung, daß die Behauptung des Reconvenienten in Betreff des mit dem Reconventen für gemeinschaftliche Rechnung abgeschlossenen Weingeschäfts den gestellten Antrag auf Verurtheilung des Reconventen zur Rechnungsablegung rechtfertigt, und daß die Darstellung des Recanventen, die Vereinbarung sei nicht so getroffen, wie vom Reconvenienten behauptet, sondern es sei zwischen ihnen noch vereinbart, daß Recanvenient zur Berichtigung des Kaufpreises von 2000 ℬ an den Reconventen 1000 ℬ habe bezahlen sollen, und jener habe salche Zahlung nicht geleistet, nicht zu dem von dem Reconventen daraus gezogenen Schlusse führt, die Vereinbarung sei nicht zu Stande gekommen, sondern dem Reconventen nur einen Anspruch auf Zahlung der zugesagten 1000 ℬ sammt Interesse verleiht, dessen Verpflichtung zur Rechnungsablegung über die unbedingt eingegangene Societät aber nicht afficirt.

unwirksam zu machen; daß vom Kläger ganz allgemein angeführt worden ist, der Beklagte habe gegen ihn die Rückbürgschaft hinsichtlich der von ihm als Bürgen des Branntweinbrenners Witthöfft bezahlten Schuldpöste übernommen, daß der Beklagte diese Anführung ganz einfach in Abrede gestellt und nicht einmal eventuell behauptet hat, daß das fragliche Geschäft, wenn es auch zwischen den Parteien scheinbar zu Stande gekommen, doch in Wirklichkeit eine ganz andere Bedeutung gehabt habe, daher eine Simulation gewesen sei, auch eben so wenig anderweitige Thatsachen angeführt worden sind, welche, die einmal erfolgte Uebernahme der Rückbürgschaft vorausgesetzt, die Anstellung einer Klage aus derselben als einen **dolus** von Seiten des Klägers erscheinen lassen würden; daß vielmehr das Vorbringen des Beklagten, er habe Witthöfft durch falsche Angaben über eine von ihm übernommene Rückbürgschaft zur Ausstellung des fraglichen Schadloshaltungsreverses bewogen, unmittelbar nur gegen den Werth dieses Reverses als Beweismittels gerichtet ist, und in Beziehung auf die Klage selbst nur insofern in Betracht kommen kann, als jene Angaben eben falsch gewesen sein sollen, das Ganze mithin auf eine reine Negation des Klagfundaments hinausläuft; daß es demnach für die **exceptio simulationis et doli** an jeder thatsächlichen Begründung fehlt, die zum Beweise hätte verstellt werden können, und es dem Beklagten unbenommen ist, von seinen Behauptungen **event.** im Wege des Gegenbeweises Gebrauch zu machen, die erste Beschwerde sich daher als unbegründet darstellt;

in weiterer Erwägung, daß, die zweite und dritte Beschwerde anlangend, der Kläger und jetzige Appellat behauptet hat, als Bürge des Appellanten für eine von demselben bei der Kieler Spar- und Leihkasse gemachte Anleihe von 1000 ℛ𝓂 dieses Capital nebst den libellirten Zinsen gegen erhaltene **jura cessa** an die Spar- und Leihkasse zurückgezahlt zu haben, welches vom Beklagten und jetzigen Appellanten eingeräumt worden ist; daß unter diesen Umständen die vom Appellaten nicht bestrittene Behauptung des Appellanten, daß diese Anleihe gemacht sei, weil Jener gewünscht, die betreffende Summe vom Appellanten zu erhalten, wie denn auch das Geld sofort an den derzeitigen Compagnon des Appellaten ausgeliefert worden und dafür ein Wechsel ausgestellt sei, rechtlich das zwischen dem Appellanten mit der Spar- und Leihkasse abgeschlossene Geschäft und die dem Appellaten **ex jure cesso** zustehenden Ansprüche nicht berührt, daher auch der fälschlich aus diesen Behauptungen gezogene Schluß, Appellant habe die fragliche Anleihe als Mandatar und gleichsam Namens des Appellaten abgeschlossen, nicht zum Beweise hat verstellt werden können; daß endlich auch für den Fall, daß der Appellat den ihm **in conventione** freigelassenen Beweis liefern sollte, und demnach die verzinsliche Wechselschuld desselben an den Appellanten zum Betrage von 1000 ℛ𝓂 durch Compensation mit der am 23. Januar 1845 schon existent gewordenen Forderung aus der Rückbürgschaft von diesem Zeitpunkt an als erloschen anzusehen wäre, der Appellant hiedurch eine unbillige Einbuße an Zinsen nicht erleiden würde, weil er im entgegengesetzten Fall die gleiche Summe vom Januar 1845 an den Appellaten schuldig geworden wäre, auf deren zinsenfreien Genuß er keinen Anspruch gehabt hätte, und daß demnach auch die zweite und dritte Beschwerde nicht als begründet erscheinen,

wird, auf eingelegte Receffe und Unterinstanzacten, auf stattgehabte mündliche Verhandlung, hiemittelst von Obergerichtswegen für Recht erkannt:

> daß die **sententia a qua pure** zu confirmiren und **ad exequendum** zu remittiren, Appellant auch schuldig sei, dem Appellaten die durch diese Appellation veranlaßten Kosten, deren Designation und Moderation vorbehältlich, zu erstatten.

Wie denn solchergestalt hiedurch erkannt wird

V. R. W.

Urkundlich rc. **Publicatum** im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 28. November 1854.

Allerhöchst privilegirte
Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen ***Henrici*** *und* ***Lucht.***
Gedruckt bei ***Augustin*** *in Glückstadt.*

53. Stück. Den 18. August 1856.

Das
Beweismittel des Schiedeseides.

Nach den Grundsätzen inländischer Praxis.

(Fortsetzung.)

§ 7.

Erklärung über den zugeschobenen Eid.

Die Eingabe, mittelst welcher der Beweisführer den Beweis durch Eidesdelation angetreten hat, theilt der Richter dem Gegner mit der Auflage mit, sich binnen einer bestimmten Zeit über den zugeschobenen Eid **aut acceptando, aut referendo aut conscientiam probatione exonerando** zu erklären. Dieses Decret enthält kein Urtheil, wird auch nicht Theil eines Urtheils, wenn es zufällig einem solchen angehängt sein sollte; sondern bleibt unter allen Umständen eine proceßleitende richterliche Auflage, die der Rechtskraft nicht fähig ist (Anz. 1841, S. 322; 1853, S. 188 O.A.G.). Die zur Erklärung dem Delaten gewährte Frist ist nicht, wie wohl gemeinrechtlich behauptet wird, eine peremtorische, denn es fehlt in dem Decrete die Androhung der **pœna recusati** und die Erkennung dieser Ungehorsamsstrafe kann, eben weil keine Fatalien versäumt sind, nur nach vorgängiger Androhung erfolgen (Anz. 1837, S. 91). Noch weniger kann von dem Eintritt dieser Strafe die Rede sein, wenn im unbedingten Mandatsprocesse der Implorant seine Replik auf die, Eide über Einreden deferirende Exceptionsschrift zu spät eingereicht. Denn wäre die Replik selbst auch präcludirt, so ist doch immer erforderlich, daß über die Relevanz und Zulässigkeit der zugeschobenen Eide erst erkannt werde (Anz. 1855, S. 139 Note).

Ist nun der Delat der ihm gewordenen Auflage nicht nachgekommen, so ist auf erneuten Antrag des Deferenten die Folge nur die, daß dem Delaten nunmehr **sub pœna recusati** aufgegeben wird, sich binnen einer abermaligen (meistens kürzeren) Frist zu erklären. Läßt derselbe auch diese Frist verstreichen, so fällt ihm eine **mora** zur Last; aber die **moræ purgatio** ist noch immer möglich, dadurch nämlich, daß der Delat sich eher erklärt, als der Deferent **moram** accusirt hat (Anz. 1845, S. 157). Denn, wie es in einer Note zu dieser Stelle heißt, die in Betracht kommende Frist ist eine **ex arbitrio judiciis** bestimmte, und kein Fatale, bei welchem allerdings die Regel **dies interpellat pro homine** gilt; bei richterlich bestimmten und mit Androhung specieller Contumacialstrafen begleiteten Fristen tritt die angedrohte Strafe erst auf Antrag der Partei ein. Ob diese Aeußerung mit dem Kanzeleipatent vom 4. April 1797, wornach die ausdrücklich angedrohte Präclusion mit Ablauf der vorgeschriebenen Frist von selbst eintreten soll, übereinstimmt, dürfte wohl sehr zweifelhaft sein. Einer Abhandlung über das Contumacialverfahren in den Anz. 1843, S. 137, scheint diese Nichtübereinstimmung auch nicht entgangen zu sein. Sie meint indeß, die Präclusion trete nicht **ipso jure** ein, wenn ein weiteres Verfahren stattfinden müsse; nur in den Fällen nicht streitiger Gerichtsbarkeit, z. B. bei Proclamen, trete die Präclusion **ipso jure** ein; sonst werde **morae purgatio** zugelassen. Ich weiß nicht, ob mit diesen Worten nicht bloß gesagt sein soll, es werde in der Praxis so verhalten, was auch nicht zweifelhaft erscheint, so wenig, wie ich das Zweckmäßige solcher Praxis bestreite. Eine strenge Auslegung des Patents wird aber doch wohl zu einem andern Resultate führen müssen.

Wenn nun auch vom Delaten eine Erklärung über den zugeschobenen Eid nach der angegebenen Formel gefordert wird, so schließt diese Form des Decrets doch nicht die Vorbringung von Einreden gegen den Eid selber aus; würden selbst die Einreden für unbegründet erklärt, so würde nur die Folge die sein kön-

nen, daß der Delat, Einwendens ungeachtet, nunmehr **sub pœna recusati** zur Erklärung über den Eid binnen neuer Frist aufgefordert würde (Anz. 1837, S. 91).

Der Delat kann, der Formel gemäß, den Eid annehmen, zurückschieben, oder sein Gewissen mit Beweis vertreten. Ist der Eid angenommen (wodurch eine Zurückschiebung ausgeschlossen ist, selbst wenn an die Stelle des inzwischen verstorbenen Acceptanten ein Litisreassument getreten wäre [Anz. 1854, S. 331]), oder zurückgeschoben (in welchem Fall eine nachträgliche Acceptation ausgeschlossen ist), so steht dem Delaten nichts desto weniger frei, Acceptation oder Relation zu revociren, und (ob auch nach verstrichener Erklärungsfrist, die ja durch die rechtzeitige Aeußerung salvirt erscheinen könnte? wird von Manchen verneint, cf. Schmid, Handb., II., S. 373) nun noch die Gewissensvertretung zur Hand zu nehmen. So wird mit Recht der § 7 der Restitutionsverordnung, wie schon erwähnt, von der Praxis verstanden (Anz. 1854, S. 330 Note *).

Ueber die Natur der Gewissensvertretung ist bekanntlich die Doctrin sich keinesweges einig, und je nachdem die Rechtslehrer einer verschiedenen Auffassung huldigen, stellen sie auch verschiedene Grundsätze auf. Um von einem unbestrittenen Satze auszugehen, so ist allgemein anerkannt, daß das Eidesthema, wie der Delat es beschwören soll, immer den vom Richter gewählten Beweissatz (über eine copulative und alternative Fassung desselben s. unten) in negativer Form enthalten muß. Diese Anforderung kann dadurch nicht wohl eine Modification erhalten, daß der Delat die Gewissensvertretung wählt, weil sie lediglich eine andere, die Eidesleistung überflüssig machen sollende Beweisart ist. Dort wie hier ist das zu Erhärtende (rectius das zu Widerlegende) ganz dasselbe, und man kann daher auch Francke, Proceß, I., S. 469, N. 4, nicht beistimmen, wenn er in der Forderung, daß auch die Gewissensvertretung immer den vom Richter normirten Beweissatz enthalten müsse, eine **petitio principii** erblickt. Folgt aber diese Anforderung unmittelbar aus der Sachlage selbst, so bleibt die Gewissensvertretung überall da ausgeschlossen, wo eben nicht das gesammte Beweisthema, als vom Producten zu widerlegen, diesem vorliegt. Wenn daher der Producent behufs Führung eines künstlichen Beweises über „beliebige, zu einem untergeordneten Zwecke aufgestellte thatsächliche Momente“ den Eid deferirt, so kann hier dem Delaten nicht freistehen, die Gewissensvertretung zu wählen, abgesehen davon, daß deren Zulassung „zur Verzögerung des Beweisverfahrens Anlaß geben würde“ (Anz. 1841, S. 322; 1847, S. 185 Note). Hiermit ist es indeß noch nicht entschieden, ob die Gewissensvertretung als Hauptbeweis oder als directer Gegenbeweis aufzufassen sei. Die erstere Ansicht stützt sich darauf, daß die Eidesdelation nicht eigentlich Beweismittel sei, sondern nur ein Mittel für den Deferenten, sich von der Beweislast zu befreien, indem dieser es dem Gegner anheimstelle, den Beweis des Gegentheils durch Eidesleistung oder substituirte Gewissensvertretung zu führen, so daß also der Delat als der eigentliche Beweisführer erscheine. Die Folgen dieser Ansicht sind u. A., eine andere Beweisfrist, insbesondere aber die Gestattung für den Deferenten, wiederum Gegenbeweis gegen die Gewissensvertretung zu führen, für welches Letztere sich unter manchen Andern neuerdings auch Savigny ausgesprochen hat (System, VII., S. 87). Auch das Holsteinische Obergericht äußert einmal (Anz. 1837, S. 90), daß der Gewissensvertreter durch diese Wahl die Beweislast selber übernehme; indeß ist daraus nicht zu schließen, daß es damals die Gewissensvertretung auch als Hauptbeweis angesehen habe. Jene Auffassung aber ist eine irrige; denn der Eidesdeferent ist es gerade, welcher den Beweis zu führen und deshalb selber zur Eidesleistung, dem sichersten Wege dazu, zu gelangen wünscht. Wenn er nun, wie bereits früher hervorgehoben, dahin nur auf einem Umwege kommen kann, d. h. dadurch, daß er es dem Gegner anheimstellen muß, ob dieser die Negative des Beweisthema beschwören wolle, so hat dies seinen Grund theils in dem religiösen Moment des Eides, welchem ein leichtsinniges Schwören, wie es in der sofortigen Gestattung des Eides, ohne jenem Umweg zu befürchten, stände, nicht entspricht, theils darin, daß der gleichzeitige Character des Eides, als eines Vergleiches und eines Beweismittels, einen bestimmten Weg nöthig macht. Das Holsteinische Obergericht hat sich mit Entschiedenheit der Ansicht zugewandt, daß die Gewissensvertretung als ein directer Gegenbeweis aufzufassen sei und als solcher über die Negative des ganzen Beweisthemas angetreten werden müsse, weshalb es auch, wie schon früher bemerkt, eine Gewissensvertretung über die Negative einzelner im künstlichen Beweise enthaltener Artikel nicht gestattet (Anz. 1841, S. 322; 1847, S. 185). Eine Folgerung hieraus ist, daß das Holsteinische Obergericht, nach dem Grundsatz **reprobatio reprobationis non datur**, gegen die Gewissensvertretung nicht wiederum einen Gegenbeweis zuläßt (Anz. 1854, S. 330 Note). Dieser Satz ist, in etwas anderer Fassung, bereits oben vorgekommen, nämlich daß dem Eidesdeferenten nach geschehener Relation nicht mehr freistehe, den Eid zu revociren, und andere Beweismittel zu wählen, was in der erwähnten Note des **C. C. Slesv. III. p.** 217 auch „das Gewissen mit Beweis vertreten“ genannt wird.

Eine Verbindung der Gewissensvertretung mit dem directen Gegenbeweise ist unzuläßig, weil, abgesehen

von der Vergleichsnatur des Eides, mit der eine gleichzeitige Führung des directen Gegenbeweises in geradem Widerspruch steht (vgl. Anz. 1837, S. 90), auch verschiedene processualische Grundsätze für beide gelten. Denn nicht nur, daß eine verschiedene Beweisfrist gilt, wird „nach feststehender Praxis der Holsteinischen Gerichte beim verfehlten Beweise der Gewissensvertretung ein richterlicher Notheid nicht erkannt (Schrader, a. a. O., S. 69, behauptet freilich ein Anderes), wohl aber beim directen Gegenbeweise. Würde nun der Delat seinen Beweis nicht vollständig geführt haben, so würde ungewiß sein, ob nach dem Grundsatze der Gewissensvertretung, oder des directen Gegenbeweises zu erkennen. Im letzten Fall, wo auf einen richterlichen Eid erkannt würde, wäre damit die Eidesdelation für unwirksam erklärt; im andern Fall würde der vielleicht bis zum Erfüllungseid gediehene Gegenbeweis gar nicht in Betracht kommen. Es ist in solchen Fällen daher so zu verhalten, „daß die vom Beklagten unternommene Beweisantretung lediglich auf den zuvörderst zu führenden Beweis der Gewissensvertretung bezogen werden muß, und es sich demnächst fragen wird, wie weit das Material des Beweises **pro exoneranda conscientia** zur Führung des Gegenbeweises benutzt werden kann" (Anz. 1853, S. 186). Aus dem Vorstehenden ergiebt sich zugleich, daß der Beweis der Gewissensvertretung vollständig geführt werden muß; anders wird sie gar nicht beachtet, sondern dem Delaten aufgegeben, sich nunmehr **aut acceptando, aut referendo** über den Eid zu erklären (Anz. 1853, S. 331); dasselbe muß gelten, wenn der Delat binnen der vom Richter zu bestimmenden Frist die Gewissensvertretung nicht antrat (Anz. 1840, S. 355 Schl.). Gemeinrechtlich wird wohl gelehrt, daß in diesem Fall ein Recurs zur Eidesacceptation und Relation nicht mehr zulässig sei (cf. Schmid, Handb., **II.**, S. 369). Ein solcher Recurs ist jedenfalls dann unzulässig, wenn der Gewissensvertreter geradezu gegen sich, also für den Deferenten bewiesen hat (cf. Schmid, **ibid.**, S. 371).

Endlich sei angemerkt, daß im summarischen Processe auch die Gewissensvertretung im Bescheinigungsverfahren einzuleiten ist (Anz. 1837, S. 347 Note).

§ 8.

Normirung des Eidesthema.

Eine besondere Normirung des Eidesthemas hat der Richter „von Amtswegen" (Anz. 1838, S. 330) vorzunehmen, zumal da nicht selten eine genauere Fassung, als wie sie das Beweisthema enthält, erforderlich ist. Das Eidesthema muß zwar mit dem Beweisthema übereinstimmen, und dürfen insbesondere in jenes keine factischen Umstände aufgenommen werden, die nicht schon in diesem enthalten sind, weshalb in dem, Anz. 1838, S. 366, mitgetheilten Rechtsfall die Producentin, welcher u. A. zu erweisen auferlegt war, daß sie eine schuldige Summe in „Geld, Kleidungsstücken und Lebensmitteln bezahlt" erstattet habe, nicht verlangen konnte, daß in die Eidesformel andere angeblich gelieferte Effecten, als Uhr, Pfeife, Geldbeutel, aufgenommen werde, wenn es ihr auch freigestellt ward, im Schwörungstermin zu verlangen, daß dem Eidesacceptanten vor der Eidesleistung die einzelnen Lieferungen vorgehalten würden. Gleicher Weise konnte (Anz. 1837, S. 98) als der Kläger beweisen sollte, daß die Zinsen eine gewisse Summe betrügen, nicht in die Eidesformel der Zusatz aufgenommen werden, „inclusive der Kosten zweier Befehle" (vgl. Anz. **ibid.**, S. 97 Note), in welcher auf die selbstverständliche Ausnahme hingewiesen wird, wenn beim „zusammengesetzten" (soll wohl heißen künstlichen) Beweise der Eid über einzelne Artikel, welche nicht im Beweisthema enthaltene Thatsachen aufstellen, der Eid zugeschoben worden. Eine genauere Fassung des Eidesthemas wird, wie auf der Hand liegt, deshalb oft erforderlich sein, weil zwar bei dem mit andern Beweismitteln geführten Beweise, noch die Reflexion des Richters hinzukommt, ob das zu Beweisende auch bewiesen worden, diese richterliche Reflexion aber nach geleistetem Eide ausgeschlossen ist, so daß sie also ihre Thätigkeit nur vor Leistung des Eides in möglichst präciser Formulirung des Eides wirksam sein lassen kann. Namentlich um Mentalreservationen im Voraus zu begegnen und den Schwurpflichtigen zu veranlassen, daß er die zu beschwörenden Worte in dem Sinne nehme, in welchem der Richter (nicht die Gegenpartei) sie genommen wissen will, ist die unzweideutigste Wortfassung nöthig, und um diese zu erreichen, unter Umständen die Einschiebung eines Zusatzes nicht unzulässig (Anz. 1839, S. 163), wenn auch solche Ausnahme eben nur im nothwendigsten Fall zuzulassen ist. Als daher in dem, Anz. 1855, S. 13 ff. mitgetheilten Rechtsfall das Beweisthema dahin lautete, daß die Beklagte nach dem 17. April 1847 die dem Kläger schuldige Treue gebrochen habe, das Eidesthema aber von der Unterinstanz, unter Berücksichtigung der vom Kläger vorgebrachten Facta, dahin normirt war, daß Kläger binnen einen bestimmten Zeitraum vor dem Zeitpunkt, wo die beklagtische Ehefrau ein Kind geboren, keinen fleischlichen Umgang mit derselben gehabt, war diese Modification des Beweisthemas, welches vom Oberappellationsgerichte bestätigt ward, in gewisser Weise nothwendig, weil Kläger so nur **de veritate** schwören konnte (vgl. das abweichende Urtheil des Holsteinischen Oberconsistoriums **ibid.**, S. 15).

Sollte ungeachtet des richterlicher Seits festgestellten Eidesthemas eine Partei noch Zweifel über den

Sinn desselben hegen, so kann sie das Gericht um Belehrung und Aufklärung angehen, solches kann sie selbst schon dann thun, ehe sie sich überall über den zugeschobenen Eid erklärt (Anz. 1845, S. 164 Schl.; vgl. Anz. 1850, S. 340 Schl.), in welchem Rechtsfall Aeußerungen des Schwurpflichtigen es zweifelhaft erscheinen ließen, ob er den Eidessatz im richtigen Sinne verstehe, weshalb „um dieses zu constatiren und der möglichen Ableistung eines wahrheitswidrigen Eides vorzubeugen", noch auf vorgängige protocollarische Vernehmung erkannt ward. Wenn nun auch am zweckmäßigsten die richterliche Feststellung des Eidesthemas vor dem Schwörungstermin geschieht (Anz. 1839, S. 54), so ist doch in diesem Termin noch „der Richter unzweifelhaft ermächtigt, auf Antrag einer Partei den Eidessatz von dem Wortlaute des Beweisurtheils abweichend, aber im wahren Sinne desselben (z. B. statt daß der Beischlaf an einem bestimmten Tage geschehen, zu sagen, daß er innerhalb eines bestimmten Zeitraums geschehen) näher zu bestimmen" (Anz. 1855, S. 196 O. A. G.; vgl. ibid., S. 227 u. 228). Aber zweifelsohne steht dem Gerichte, auch abgesehen von Parteianträgen, die Befugniß zu, nicht nur dem Schwurpflichtigen Vorhalte über den in Betracht kommenden Sinn des Eidessatzes zu machen, sondern auch nöthigenfalls Abänderungen zu verfügen. Hinsichtlich solcher zu treffenden Modificationen scheint das vormalige Schleswigsche Obergericht nicht ganz dieser Ansicht gewesen zu sein. Die Anz. 1845, S. 164, enthalten einen Rechtsfall, in welchem dem Beklagten zu erweisen auferlegt war, daß eine Quantität Schinken, die von ihm an die Kläger versandt war, ein bestimmtes Gewicht gehabt hätte. Die den Eid acceptirenden Kläger erklärten, daß sie das Beweisthema in dem Sinne verständen, daß die Schinken zur Zeit, als sie dieselben empfangen (worauf es aber auch ankam), das angegebene Gewicht gehabt, und beantragten demgemäß eine entsprechende Aenderung des Eidesthemas. Das Obergericht äußerte, daß die Kläger zwar, wenn sie sich zur Leistung des Eides in dem angedeuteten Sinn erböten, zur Eidesleistung zuzulassen, jedoch nicht berechtigt seien, eine von dem Wortlaute des Beweiserkenntnisses abweichende Fassung des Eides zu verlangen, — eine Aeußerung, die in sich einen Widerspruch enthält; denn kann der Richter sagen, in diesem Sinn ist der Eidessatz aufzufassen, warum soll ihm dann nicht freistehen, diesen Sinn auch in unzweideutigen Worten darzulegen?

Oft ist indeß eine Wortfassung nicht im Stande, jede Zweideutigkeit zu verhindern, und in solchem Fall kann eine Erörterung über den Sinn der zu beschwörenden Worte vorzugsweise nöthig sein. So sollte in dem, Anz. 1839, S. 344, mitgetheilten Fall Beklagter **secundum verba interlocuti** beeidigen, daß er die in der eingeklagten Rechnung aufgeführten Waaren nicht gekauft und erhalten. Beklagter äußerte selber, daß er den Eidessatz so verstehe, offenbar in ganz sinnwidriger Weise. Er ward vom Schleswigschen Obergericht und Oberappellationsgericht zur Eidesleistung nicht zugelassen. Wenn übrigens eine unstatthafte Fassung des Eidesthema von einer Partei beantragt worden, so zieht dies nicht unmittelbar die Folge der mißlungenen Beweisführung nach sich, sondern erst nachdem gerichtsseitig die Eidesformel normirt und nunmehr eine dem richtigen Sinn derselben widersprechende Erklärung des Schwurpflichtigen erfolgt ist, muß der Eid als verweigert angesehen werden.

Lautet das Beweisthema auf eine bestimmte Zeit, so wird in der Regel der Zahl der Zusatz „oder wie viel weniger" hinzugefügt, womit auf die eventuelle Folge einer möglicher Weise sich ergebenden **pluspetitio** hingedeutet werden soll (Anz. 1846, S. 366). Aber selbst, wenn dieser Zusatz fehlen sollte, und demgemäß rechtskräftig die Eidesformel bestimmt wäre, so folgt „hieraus doch nur, daß dem zu beschwörenden Satz nicht etwas Anderes substituirt worden, nicht aber, daß die zu beschwörende Größe nicht herabgesetzt werden dürfe, weil hierdurch der Inhalt des zu beschwörenden Satzes nur beschränkt, anderweitig aber nicht verändert wird, indem die kleinere Summe in der größeren enthalten ist" (Anz. 1847, S. 325). Das Recht, die Zahl geringer zu bestimmen, steht demnach dem Eidesdeferenten frei; er kann aber nicht vom Delaten verlangen, daß dieser die geringere Zahl bestimme (Anz. 1846, S. 366). Denn nicht dieser ist verpflichtet, die eidlich zu erhärtende Zahl zu bestimmen, um welche der Klagantrag auf zu viel lautet. Vielmehr liegt dem Eidesdeferenten kraft des Grundsatzes **affirmanti incumbit probatio** die Pflicht ob, „seiner Behauptung, mit welcher er durchdringen will, diejenige Bestimmtheit zu geben, daß bei benutzter Eidesdelation das Eidesthema sich einfach als die Negative herausstellt" (Anz. 1846, S. 366).

Die Folgen des geleisteten oder nicht geleisteten Eides brauchen beim Schiedeseide nicht schon im Eidesthema ausgesprochen zu werden, wie solches nach dem Gemeinen Bescheid vom 17. Juli 1824 bei Auferlegung eines Notheides erforderlich ist. Nach § 3 i. f. der Verordnung vom 25. Juli 1781 sind jedoch in geringfügigen Sachen gleichfalls bei jenem Eide die genannten Folgen in der Eidesformel auszusprechen (vgl. Francke, Proceß, I., S. 464, Note 4).

(Der Beschluß folgt.)

Entscheidungen.

Criminalfälle.

Eidesbruch.

Der Inste Hinrich Blunck in Gönnebeck war in einen Consistorialproceß, den die Tochter des Hufenpächters Harder in Busdorf, Margaretha Harder, mit dem Hufner Saggau in Gönnebeck führte und wobei es hauptsächlich auf den Beweis der angeblich durch Vermittelung des Blunck zu Stande gekommenen Eheberedung ankam, als Zeuge vernommen, und der ihn treffende Verdacht, eine falsche Zeugenaussage beschafft zu haben, gab, als dieser Proceß in der Appellationsinstanz an das Oberconsistorium gelangte, zur Einleitung einer Untersuchung die Veranlassung. Die Entscheidung des Processes ward inzwischen suspendirt und es ist demnächst, jedoch erst nach beendigter Untersuchung, ein Vergleich unter den Parteien zu Stande gekommen.

Der 39 Jahr alte Inculpat Blunck, dem der Vorwurf der Trunkfälligkeit gemacht wird, aus dessen früherem Leben aber im Uebrigen nichts Nachtheiliges bekannt geworden, hat nun bei der Confrontation mit verschiedenen Zeugen eingeräumt, in mehrfacher Beziehung bei seiner Zeugnißablage in dem beregten Consistorialproceß eine unwahre Aussage beschafft zu haben.

Er war, wie er gesteht, bei Gelegenheit der von ihm im Jahre 1851 besorgten Einladungen zum Gönnebecker Scheibenschießen auch zu Harder in Busdorf gekommen und hatte nach Bestellung der Einladung auch noch einen zweiten angeblichen Auftrag ausgerichtet, indem er im Namen und Auftrag des Hufners Saggau um die Tochter Margaretha angehalten, worauf ihm die Erwiderung geworden, daß Harder und Frau nebst Tochter nach Gönnebeck zum Scheibenschießen kommen wollten, wo sie denn das Nähere mit Saggau bereden könnten. Er war dabei ausdrücklich befragt worden, ob er Auftrag zur Werbung von Saggau habe, und hatte diese Frage bejaht.

Nachher hatte er auch den Bauervogt Thiessen in Busdorf zum Scheibenschießen eingeladen und diesem bei solcher Gelegenheit erzählt, wie er von Saggau beauftragt worden, um die Harder'sche Tochter anzuhalten, und es ihm ein Vergnügen gemacht, die Werbung bei den Eheleuten Harder anzubringen.

In dem Consistorialproceß, nach vorgängig abgelegtem Zeugeneide vernommen, hat er dagegen ausgesagt:

Ad Art. 3:

Wahr, Zeuge im Auftrage des Producten als Freiwerber um die Producentin an deren Vater, den Hufenpächter Claus Harder in Busdorf, sich gewandt habe?

„Zeuge habe die Eltern der Producentin zum Scheibenschießen eingeladen, das in Gönnebeck habe stattfinden sollen, aber einen Auftrag als Freiwerber habe er von Saggau nie an sie gehabt und daher auch nie an sie ausgerichtet," und

ad Art. 4:

Wahr, Zeuge im Herbste oder Spätsommer 1851 dieses Geschäft bei dem genannten Vater der Producentin ausgerichtet.

„Davon sei dem Zeugen, wie er schon angegeben, nicht das Geringste bekannt;"

ad Art. 6:

Wahr, Zeuge sich damals gegen den Vater der Producentin dahin geäußert, der verwittwete Hufner Saggau in Gönnebeck wolle eine Frau wieder haben und habe ihm, dem Zeugen, den Auftrag gegeben, bei ihm (dem Vater der Producentin) anzufragen, ob er (Product) seine (Claus Harder's) Tochter Gretchen, die er zu heirathen wünsche, heirathen könne?

„Während Zeuge die Einladung bei Harder besorgte, kam die Rede auf die Verhältnisse in Gönnebeck und äußerte Zeuge dabei gesprächsweise, daß in Gönnebeck in der Person des verwittweten Saggau ein Bräutigam sei. Ueber diese Angelegenheit ward viel hin und her gesprochen und meinte Claus Harder, daß Saggau einen Mann für seine Tochter Margaretha abgeben könne. Er sagte auch, daß er deshalb mit Saggau sprechen wolle, was dem Zeugen aber insofern ganz gleichgültig war, als er von Saggau zur Freiwerbung keinen Auftrag hatte;" und

ad Art. 7

ergiebt dann Zeuge weiter:

„Er wolle bemerken zur Ergänzung seiner obigen Aussage, daß, da ihm der Hufner Saggau als eine annehmbare Partie für die Margaretha Harder geschienen, er aus freien Stücken und absichtlich die Rede auf diese Freierei gebracht und Harder darauf ausweichend geantwortet, er wolle mit seiner Frau und Tochter das Nähere besprechen und mit ihnen zum Scheibenschießen nach Gönnebeck fahren, um dort vor allen Dingen mit Saggau selbst zu sprechen. Zeuge wiederhole, daß von seiner Seite Alles ohne Auftrag von Saggau geschehen;" endlich

ad Art. 9:

Wahr, Zeuge dem genannten Bauervogt Thiessen mitgetheilt, daß er bei dem Vater der Producentin

gewesen und um dessen Tochter Gretchen, welche er heirathen wolle, angehalten habe?

„Zeuge habe vielleicht bei Thiessen über die Freierei gesprochen, aber davon, daß er um die Margaretha Harder im Auftrage von Saggau geworben, könne er nicht gesprochen haben, weil er einen solchen Auftrag nicht erhalten. Zeuge wolle übrigens bemerken, daß er bei seiner Einladung viel von geistigen Getränken genossen, mithin seiner Sinne und Worte grade nicht sehr mächtig gewesen sei."

Der Inculpat, welcher nun unumwunden eingeräumt, insofern eine falsche Zeugenaussage beschafft zu haben, als er es geleugnet, um die Tochter des Harder für Saggau angehalten und sich dabei auf einen Auftrag von Saggau berufen, auch an Thiessen erzählt zu haben, daß er zu der Werbung Auftrag von Saggau gehabt, hat zu seiner Entschuldigung angeführt, daß er bei der Zeugnißablage, weil er zum ersten Mal vor Gericht gestanden, sehr verwirrt im Kopfe gewesen und immer nur vor Augen gehabt, daß in Wirklichkeit Saggau ihn nicht zur Werbung beauftragt habe. Allein es bedarf keiner weiteren Ausführung, daß hierin keine Rechtfertigung für ihn liegen kann, es auch mit Evidenz aus den vorstehenden ausführlichen Antworten auf die ihm vorgelegten Artikel hervorgeht, daß er nicht eben bloß irrthümlich und aus Mißverständniß die Unwahrheit ausgesagt hat.

Ihn trifft weiter auch der Verdacht, ebenfalls in der Hauptsache, nämlich rücksichtlich des von Saggau erhaltenen Auftrages, den er auch fortwährend in Abrede stellt, falsches Zeugniß abgelegt zu haben und dazu durch Bestechung bewogen zu sein.

Es hat nämlich

1) der Hufenpächter Harder bezeugt, daß er in Gönnebeck bei Gelegenheit des Scheibenschießens den Saggau gefragt, ob Blunck wirklich Auftrag zur Werbung um seine Tochter gehabt, und daß Saggau dies bestätigt habe.
2) Auch die Ehefrau Harder bezeugt, daß das Benehmen des Saggau es deutlich habe erkennen lassen, wie Blunck wirklich Auftrag gehabt, um die Hand ihrer Tochter zu werben.
3) Deren Sohn hat beeidigt, daß bei Gelegenheit des Bockhorster Erntebiers Blunck ihm auf Befragen mitgetheilt habe, wie ihm Saggau 500 ℔ versprochen, wenn er zu seinen Gunsten Zeugniß ablegen wolle, daß indessen auf seine, des Zeugen, Ermahnung Blunck versprochen habe, er wolle thun, was Recht sei, und daß derselbe gegen ihn eingeräumt, Auftrag zur Werbung von Saggau gehabt zu haben, sowie endlich, daß Blunck auch seine Mittheilungen später nochmals bestätigt habe.

Bei dem letzten Gespräch sollen zwei Zeugen zugegen gewesen sein, die Harder nicht hat namhaft machen können; als solche hat aber Blunck seinen Schwager Bruhn und Stein genannt, von denen Ersterer behauptet, daß Blunck auf Harder's Frage es entschieden verneint habe, daß ihm von Saggau etwas für sein Zeugniß versprochen sei, Stein aber eidlich bezeugt, daß er, weil ihm zu verstehen gegeben worden, daß man keine Zeugen bei dem Gespräche wünsche, aus dem Zimmer gegangen und daher nicht gehört habe, was gesprochen worden. Uebrigens hat Harder sich insofern in seinen Aussagen widersprochen, als er anfangs selbst behauptet hat, daß Blunck bei dem Bockhorster Erntebier offenbar betrunken gewesen, er dies aber später in Abrede stellt.

4) Der Tischler Biß will vom Inculpaten, der dies auch selbst bestätigt, erfahren haben, daß er beim Bockhorster Erntebier in der Trunkenheit befragt worden, was er von Saggau für sein Zeugniß erhalte, und anfangs wahrheitsgemäß „nichts" geantwortet, hierauf aber, als ihm Jemand von hinten zugeraunt: „seg fiefhundert Mark," 500 ℔ gesagt habe; bei welcher Erzählung, wie Zeuge hinzufügt, Blunck sich über seine Leichtfertigkeit sehr bekümmert geäußert und ausdrücklich erklärt haben soll, es sei eine pure Unwahrheit, da er für sein Zeugniß nichts bekomme.
5) Endlich kommt auch in Berücksichtigung, wie die Unwahrheiten, die Blunck sich eingeräumtermaaßen bei seiner Zeugnißablage hat zu Schulden kommen lassen, ihre einfachste und natürlichste Erklärung in dem Bestreben findet, seine Aussage in allen Beziehungen so einzurichten, daß es auch nicht einmal den Anschein gewinnen könne, als wenn er wirklich Auftrag von Saggau gehabt.

Andererseits läßt sich indessen nicht verkennen, wie er auch, selbst wenn er wirklich nicht Auftrag zur Werbung von Saggau gehabt, im eigenen Interesse und um sich nicht durch sein falsches Spiel, welches er in solchem Fall getrieben, verantwortlich zu machen, sich hat bestimmt finden können, die Wahrheit in beregten Punkten zu verhehlen. Und da beide Eheleute Harder gleich wie deren Sohn, zumal der Proceß der Tochter noch nicht beendigt war, als sie in der Untersuchungssache vernommen worden, unbestreitbar sehr verdächtige Zeugen sind, so wird man dem Defensor darin beistimmen müssen, daß der Inculpat nicht für überführt erachtet werden kann, wie sich der Vertheidiger ausdrückt, einen falschen Zeugeneid abgeleistet zu haben.

Die weitere Frage: ob und welches Vergehen der Zeuge sich dadurch schuldig gemacht, daß er in den er-

wähnten Punkten ein unwahres Zeugniß abgelegt, hat der Defensor gänzlich unerörtert gelassen; eben diese Frage kommt aber für die Beurtheilung dieser Sache hauptsächlich in Betracht.

Feuerbach (Lehrbuch, § 421 und 422) und mehrere ältere Rechtslehrer statuiren gar keinen Unterschied in der Strafbarkeit zwischen Eidesbruch und Meineid und wollen daher auch jeden Zeugen, der falsches Zeugniß ablegt, mit der Strafe des Meineides belegt wissen. Nun hat freilich die peinliche Halsgerichtsordnung in dem Art. 168 den Bruch der Urfehde für den Fall, daß nicht etwa durch damit concurrirende anderweitige Verbrechen eine schwerere Strafe verwirkt wäre, mit der Strafe des Meineides bedroht. Aber mit Recht wird von Heffter (Lehrbuch des Criminalrechts, § 412) und Mittermaier (vgl. Feuerbach, Lehrbuch, § 422 Note 1), wie überhaupt von den meisten Neueren angenommen, daß diese singulaire, nur für die Urfehde gegebene Bestimmung nicht generalisirt werden darf, zumal da es sich nicht verkennen läßt, wie der Eidesbruch einen wesentlich anderen Character hat, als der Meineid und regelmäßig ungleich weniger strafbar ist. Auch die vaterländische Gesetzgebung scheint einen Unterschied zu machen zwischen Meineid und den Bruch des promissorischen Eides,

cf. C. v. Schirach, Criminalrecht, S. 651,

und jedenfalls enthält sie keine Vorschriften, welche zu der rigorösen Annahme führen könnten, als wenn alle Fälle des Eidesbruchs mit der schweren Strafe des Meineides belegt werden müßten.

Was insbesondere die falsche Zeugenaussage betrifft, so ist derselben in der peinlichen Halsgerichtsordnung nur mit Beziehung auf in Criminalsachen abgelegte falsche Zeugnisse, wodurch ein Unschuldiger in Strafe gekommen, gedacht und hier die Strafe der Talion angeordnet worden. Wenn nun auch der in anderen Sachen vor der Vernehmung abgeleistete Zeugeneid unzweifelhaft nur ein promissorischer ist, so ist doch die Gleichstellung der Strafbarkeit des falsches Zeugniß Ablegenden mit dem Meineidigen für den Fall allerdings gerechtfertigt, wenn der Zeuge schon bei der Ableistung des Eides die entschiedene Absicht gehabt, ein falsches Zeugniß abzulegen, denn in solchem Fall nimmt offenbar der promissorische Zeugeneid im Wesentlichen ganz den Character des Meineides an. Anders gestaltet sich jedoch das Verbrechen, wenn der Zeugeneid ohne solche bösliche Absicht geleistet, aber nicht gehalten, die Wahrheit nicht, wie unmittelbar vorher versprochen, bezeugt wird; es liegt da eben nur ein einfacher Bruch des eidlich bestärkten Versprechens vor, und von dieser Voraussetzung muß auch im vorliegenden Fall ausgegangen werden, wo es wenigstens unentschieden bleibt, ob nicht Blunck bei Ableistung des Eides die Absicht gehabt, in Gemäßheit desselben die Wahrheit zu bezeugen.

Daß ein Eidesbruch strafbar sei, ist zwar von Mittermaier einmal in Zweifel gezogen (Archiv des Criminalrechts, II., S. 38). Er selbst hat aber seine früheren Bedenken aufgegeben (Feuerbach, Lehrbuch, § 422, Note 2), und außer ihm hat unseres Wissens kein Rechtslehrer die Ansicht aufgestellt, daß der Eidesbruch straflos sei. Die größere oder geringere Strafbarkeit richtet sich nach den Umständen des einzelnen Falles. Im Allgemeinen wird aber von dem Eidesbruch, den sich ein Zeuge zu Schulden kommen läßt, behauptet werden müssen, daß derselbe vorzugsweise nachdrücklich zu ahnden sei, weil die eidliche Bekräftigung des Versprechens, die Wahrheit zu sagen, der Zeugenaussage unmittelbar vorausgegangen ist und es schon eine überaus große Leichtfertigkeit voraussetzt, wenn sich dem Zeugen bei Beschaffung der Aussage nicht das Bewußtsein, durch jede Unwahrheit seinen Eid zu verletzen, noch in ungeschwächter Kraft erhalten hat, so daß es regelmäßig geboten erscheinen möchte, in dem Fall, wo ein Zeuge durch absichtliche Unwahrheit seinen Zeugeneid verletzt, eine temporaire Zuchthausstrafe eintreten zu lassen.

Daß Inculpat Blunck seinen Zeugeneid gebrochen, geht aus dem hervor, was über die Absichtlichkeit, mit der er Unwahrheiten bezeugt hat, oben bemerkt worden. Denn daß Eidesbruch, zumal wo Versprechen und Bruch desselben der Zeit nach einander so nahe stehen, eben keinen weiteren speciellen **dolus** erfordert, wenn absichtlich, also nicht bloß objectiv, sondern auch subjectiv, die Unwahrheit bezeugt und damit das geleistete Versprechen gebrochen wird, ist eben so sehr von selbst einleuchtend, als es klar zu Tage liegt, daß Inculpat nicht etwa bloß irrthümlich und unabsichtlich die Unwahrheit gesagt haben kann.

Im Uebrigen kommt für ihn wesentlich mildernd in Berücksichtigung, daß sein unwahres Zeugniß keinen Nachtheil verursacht, und nur Nebenpunkte, welche für die rechtliche Beurtheilung der fraglichen Proceßsache nicht von wesentlichem Einfluß haben sein können, betroffen hat, weshalb denn auch in diesem Fall die in Uebereinstimmung mit der vorstehend entwickelten Ansicht erkannte halbjährige Zuchthausstrafe als eine angemessene Strafe hat betrachtet werden dürfen.

Das Rescript des Holsteinischen Obercriminalgerichts, wodurch das Straferkenntniß normirt worden, lautet folgendermaaßen:

Von Obercriminalgerichtswegen.

Bei Remittirung der unterm 9. August d. J. hieselbst eingegangenen Untersuchungsacten wider den Insten Hinrich Blunck aus Gönnebeck, wegen falscher Zeugenaussage, wird dem Königl. Segeberger Amthause hiedurch aufgegeben, dem Inculpaten das nachstehende Erkenntniß zu publiciren und für die Vollstreckung der erkannten Strafe Sorge zu tragen.

In Erwägung, daß Inculpat seinem auch anderweitig bestätigten Geständnisse zufolge bei Ablegung des Zeugnisses in der Consistorialproceßsache der Margaretha Harder, Klägerin, wider den Hufner Saggau insofern unwahre Aussagen beschafft hat, als er wahrheitswidrig es geleugnet, sowohl, daß er mit angeblichem Auftrage des Hufners Saggau bei Harder um dessen Tochter Margaretha angehalten, als auch, daß er gleich nachher dem Bauervogt Thiessen erzählt, wie er hierzu Auftrag von Saggau gehabt;

in Erwägung, daß dagegen Inculpat beharrlich die Behauptung festgehalten hat, in Wirklichkeit von Saggau keinen solchen Auftrag erhalten zu haben, und daß, wenn auch der auf ihm lastende Verdacht, schon bei Ableistung des Zeugeneides die Beschaffung eines falschen Zeugnisses beabsichtigt zu haben, in mehreren concurrirenden Umständen eine Bestätigung gefunden, die in dieser Beziehung ermittelten Indicien doch nicht geeignet erscheinen, die volle richterliche Ueberzeugung zu begründen, den Inculpaten mithin die Strafe des Meineides nicht wird treffen können;

in weiterer Erwägung, daß andererseits das Vorgeben des Inculpaten, als habe er unabsichtlich in den beregten Punkten die Unwahrheit bezeugt, weil er zum ersten Male vor Gericht erschienen und deshalb verwirrt gewesen und immer nur vor Augen gehabt, daß ihm Saggau keinen Auftrag zur Freiwerberei ertheilt, jeder äußern Unterstützung entbehrt, auch seine vollständige Widerlegung findet in dem Inhalt des Zeugenrotuls, welcher es klar zu Tage legt, daß der Zeuge nicht aus Mißverständniß, sondern mit Absichtlichkeit die Unwahrheit bezeugt hat;

in Erwägung, daß derselbe daher, wenn auch zu seinen Gunsten angenommen wird, daß ihn eine solche Absicht nicht schon bei Ableistung des Zeugeneides geleitet, sich jedenfalls des Verbrechens des Eidesbruches schuldig gemacht hat; und

in Erwägung endlich, daß die Erkennung einer temporairen Zuchthausstrafe in der Betrachtung ihre Motivirung findet, daß dem Bruch des promissorischen Zeugeneides die Ableistung desselben unmittelbar vorausgegangen, bei der nähern Bestimmung der Dauer derselben aber mildernd in Berücksichtigung zu ziehen ist, daß die nachgewiesenen unwahren Aussagen des Zeugen nur Nebenpunkte betroffen und nicht von wesentlichem Einfluß auf die Entscheidung des später durch Vergleich erledigten Processes hätten sein können,

wird der Inculpat Hinrich Blunck wegen Eidesbruchs zu einer halbjährigen Zuchthausstrafe und Erstattung der Untersuchungskosten, so weit er des Vermögens, verurtheilt.

Urkundlich 2c. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obercriminalgericht zu Glückstadt, den 19. Novbr. 1855.

Gegen das solchergestalt normirte Erkenntniß des Segeberger Amthauses hat Inculpat den Recurs an das Königl. Oberappellationsgericht eingelegt, welches ihm jedoch unterm 26. April d. J., mit Beziehung auf die in dem angefochtenen Erkenntnisse angegebenen Entscheidungsgründe, einen abschlägigen Bescheid ertheilt hat.

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

34. Stück. Den 23. August 1856.

Das Beweismittel des Schiedeseides.

Nach den Grundsätzen inländischer Praxis.

(Beschluß.)

§ 9.

Leistung und Verweigerung der Leistung des Eides.

Acceptirt der Delat den deferirten Eid, so hat er in der betreffenden Eingabe zugleich um Anberaumung eines Schwörungstermins anzuhalten. Schiebt er den Eid zurück, so behauptet z. B. Schrader, a. a. O., S. 69, daß der Richter nun wieder dem Relaten auferlegen müsse, binnen gewisser Zeit sich über die Relation zu erklären. Allein diese Behauptung kann nur mit der Ansicht bestehen, daß dem Relaten noch freistehe, die Eidesdelation zu revociren und andere Beweismittel zu wählen. Wird diese Ansicht verworfen, so ist Einholung einer neuen Erklärung eben so überflüssig, als widersprechend. Es wird vielmehr vom Holsteinischen Obergericht (Anz. 1854, S. 329) als constante Praxis bezeichnet, daß „nach stattgehabter Relation des Eides ohne förmlichen desfälligen Antrag des Delaten und Referenten von dem beikommenden Gerichte ex officio ein Termin zur Ableistung des referirten Eides angesetzt wird." Nur nach dem Justizreglement für Norderdithmarschen (vgl. § 13, 18) hat der Richter, nachdem der Delat den Eid acceptirt, oder referirt hat, dem hiernach Schwurpflichtigen eine Frist zu bestimmen, binnen welcher derselbe Ladung ad videndum jurari auszubringen hat, eine Frist, welche, wie beiläufig angemerkt sei, nicht für präclusivisch angesehen wird (Anz. 1838, S. 367).

Der Ort der Eidesleistung ist der Regel nach das Gericht der anhängigen Sache, die Ableistung vor einem andern Gerichte, für das übrigens eine genaue Kenntniß des Streitgegenstandes und sämmtlicher Proceßacten nicht erforderlich ist (Anz. 1846, S. 179 Schl.), ist immer eine Ausnahme und nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Nach L 12, 4 C. de reb. cred. 4, 1 sind diese Voraussetzungen, daß der anderweitig gewählte Ort der Wohnort des Schwurpflichtigen sei („provincia, ubi degit") und daß nach dem Ermessen des Gerichtes die Wahl gerechtfertigt erscheine (Anz. 1844, S. 159). Hiermit stimmt der § 10 unserer Eidesverordnung überein, indem er u. A. bestimmt, daß, wenn die Partei „aus dieser oder jener Ursache" (also, da keine Gründe namhaft gemacht sind, nach richterlichem Ermessen, Anz. 1838, S. 288, 330) den Eid vor dem Gericht der anhängigen Sache abzulegen behindert ist, „solchen entweder vor zween Gerichtspersonen in ihrem Hause, oder, wenn sie sich anderer Orten aufhält, allenfalls auf Requisition des Gerichts vor derjenigen Obrigkeit, unter der sie wohnet, und zwar im Beisein des Gegentheil, oder nach vorgängiger Ladung desselben abschwören soll". Demnach kann der Eid nicht vor dem Gericht eines temporairen Aufenthaltsortes geleistet werden (Anz. 1844, S. 159).

Bei Abnehmung des Eides (mit Zustimmung der Gegenpartei kann nach richterlichem Ermessen schriftliche Ableistung genügen; § 10 der Eidesverordnung) soll der Richter sowohl selbst eine der Wichtigkeit und Würde dieser Handlung gemäße Ehrfurcht äußern, als auch die Anwesenden zu einem gleichmäßigen Betragen anhalten. „Außer der allgemeinen Verwarnung vor dem Meineid kann der Richter, so oft es nach seinem gewissenhaften Ermessen nöthig", annoch besondere auf die Umstände der Person und Sache gerichtete Vorstellung thun u. s. w. (§ 3 der Eidesverordnung). Hieraus geht hervor, daß die Verwarnung von dem Richter geschieht, und nur alsdann auf Verlangen einer Partei die Verwarnung durch einen Geistlichen eintritt, wenn beim Widerspruch des schwurpflichtigen Theils besondere Gründe zu dieser Aus-

nahme vorhanden sind, in welcher Hinsicht die besondere Wichtigkeit der Sache oder ein gegründeter Verdacht gegen den Schwörenden in Betracht kommen" (Anz. 1838, S. 365; Brinckmann, pract. Rechtskunde, S. 213). Die Extension der Eidesverordnung auf den großfürstlichen Antheil (25. October 1775) schreibt noch vor, daß der Richter, wenn Gefahr des Meineides vorhanden, den Seelsorger davon unterrichten soll, damit dieser insgeheim vorher mit dem Schwurpflichtigen rede. Wenn indeß einmal ein Schleswigsches Amthaus (Anz. 1838, S. 371) decretirte, daß der N. N. **in termino** der Eidesleistung mittelst eines Attestes seines Seelsorgers zu dociren habe, wie er zuvor durch ihn auf den Act vorbereitet sei u. s. w., so hob das vormalige Schleswigsche Obergericht mit Recht dies Decret auf, weil dem, der den Eid leisten solle, nicht zugemuthet werden könne, außergerichtlich positive Facta vorzunehmen.

Die Ladung zum Schwörungstermin ist „der Regel nach" (Anz. 1854, S. 329) eine peremtorische und daher für den Schwurpflichtigen (nicht bloß für den Eidesacceptanten, den nur die Abhandlung [Anz. 1843, S. 153] nennt) auch ohne besondere Androhung dergestalt präcludirend, daß, wenn er ohne genügende Entschuldigung **in termino** ausbleibt, der Eid für verweigert gilt und die **pœna recusati** eintritt. Für den monitorisch **ad videndum jurari** geladenen, aber ausgebliebenen Gegner ist die Folge, daß er seiner Einwendungen, welche er etwa **in termino** noch gegen die Eidesleistung erheben könnte, verlustig geht und diese in seiner Abwesenheit vorgenommen wird. Bleiben beide Parteien im Termin aus, so treten die ebengenannten Folgen der Contumaz nicht ein, sondern wird nur der Termin als circumducirt angesehen (Anz. 1844, S. 339; Schmid, Hdb., **II.**, S. 379 Note 26). Insbesondere wird dadurch der Schwurpflichtige nicht von der Eidesleistung befreit. War derselbe, wie in dem eben citirten Rechtsfall, peremtorisch unter Androhung der **event.** eintretenden Contumacialstrafe geladen, so hat der gleichfalls ausgebliebene Gegner nach der Regel, daß, wer auf eine Handlung verzichtet, darum noch nicht das Recht auf alle übrigen Handlungen verloren hat, lediglich den Verlust der Befugniß, seine Gerechtsame im Termin wahrzunehmen, nicht aber ein Mehreres zu beklagen, weshalb in diesem Fall den Schwurpflichtigen die **pœna recusati** trifft, wovon er möglicher Weise nur durch Restitution befreit werden kann.

Die ausdrückliche Verweigerung hat Sachfälligkeit zur Folge, und wird nicht bloß **liti**, sondern **causæ** dadurch renuncirt (Anz. 1842, S. 363). Endlich sind noch ein paar Worte darüber zu sagen, wenn die Schwurpflicht mehrere Individuen trifft. Manches ist in dieser Beziehung bereits oben bemerkt. Litisconsorten mit theilbarem Interesse können theilweise den Eid leisten, theilweise ihn nicht leisten, ohne daß die Handlung der Einen Folgen für die Anderen hätte. Litisconsorten mit untheilbarem Interesse müssen sämmtlich den Eid leisten; die Eidesverweigerung des Einen ist für alle Uebrigen von denselben Folgen, d. h. wenn sie sämmtlich den Eid acceptirt hatten. Bis dahin steht es dem Einzelnen jeder Zeit frei, vom Processe zurückzutreten, und somit auf ihren Antheil an dem untheilbaren Gegenstand zu verzichten, einerlei, ob sie Kläger oder Beklagte sind (Anz. 1856, S. 136), nur darf man hier nicht von einer verweigerten Eidesleistung sprechen. War der Eid Mehreren referirt, so wird von Allen **sub pœna recusati** der Eid gefordert werden können. Bei Correalverhältnissen nützt oder schadet die Handlung des Einzelnen. Bei juristischen Personen haben die erwählten Schwurmänner sämmtlich **sub pœna recusati** den Eid zu leisten. In dem schon angezogenen Rechtsfall (Anz. 1851, S. 181) waren vier Schwurmänner mit Zustimmung der Dorfschaft ausgewählt, Einer von ihnen weigerte sich, den Eid zu leisten und blieb im Termin weg. Das Holsteinische Obergericht war der Ansicht, daß die Eidesverweigerung dieses Einen, eben weil Alle zu schwören pflichtig, die Beweisfälligkeit der vertretenen Partei zur Folge habe. Das Oberappellationsgericht dagegen, theils weil die Nennung jenes einen Schwurmannes auf einen Irrthum beruhte, theils weil „nach anerkannten rechtlichen Grundsätzen es völlig genüge, wenn von den gegenwärtigen noch in Betracht kommenden, die Dorfschaft repräsentirenden sechs Besitzern diejenigen drei, welche zur Ableistung des Eides im Stande und bereit seien, denselben ableisteten", erklärte die Eidesleistung der übrigen drei Schwurmänner für genügend. Die Richtigkeit der letzteren Aeußerung **in abstracto** ist nicht zu bestreiten, ihre Anwendung im concreten Falle würde aber sehr zweifelhaft gewesen sein, wenn nicht der vorgefallene Irrthum sie rechtfertigte.

Für geleistet gilt der Eid, wenn der Gegner auf Ableistung Verzicht leistet. Aber „die Erkennung eines vom Delaten acceptirten, indessen vor dessen Ableben nicht geleisteten Eides **pro præstito** ist durch kein ausdrückliches Gesetz vorgeschrieben". Die **præsumtio veritatis**, welche etwa in der Acceptation des Eides liegen könnte, kann „in Ermangelung einer positiven Vorschrift nicht die exorbitante Folge haben, daß deshalb der Eid für geleistet erklärt würde," sondern kommen lediglich die Regeln über verloren gegangene Beweismittel in Betracht (Anz. 1838, S. 158). Wohl gilt aber der Eid für geleistet, wenn der Gegner die Ableistung **dolo** oder **culpa** verzögerte.

Bei copulativen Beweissätzen, die der Producent sämmtlich zu erhärten hat, genügt für den Delaten, daß er über die Negative eines Beweissatzes den Eid leiste (Anz. 1837, S. 186 Schl.; 1838, S. 157; 1847, S. 110; 1856, S. 138). War das Beweisthema ein

alternatives (ein Punkt, der in den Lehrbüchern häufig übergangen wird), so meint Francke, a. a. O., S. 454, Note 5, daß es auch hier genüge, wenn der Delat über einen Satz den Eid leiste; und dies erscheint als richtig, nur überträgt der Deferent die in der Alternative gegebene Wahl durch die Eidesdelation nicht auf den Delaten. Denn dieser wird den Eid nur über den vom Deferenten zum Erweisen gewählten Satz, nicht aber über einen andern Satz leisten dürfen, weil anders die aus der Vertragsnatur resultirenden Rechte des Deferenten verletzt sein würden.

Die Anberaumung eines Purificationstermins nach geleistetem Schiedseid (anders beim richterlichen Eid, Anz. 1851, S. 351) ist erforderlich als Schlußverfahren der Beweisinstanz, weil alsdann über die Wirkung des geleisteten Eides, über Kostenerstattung s. w. d. a. ein purificirendes Erkenntniß abzugeben ist (Anz. 1841, S. 330), welches aber auf ein Anderes, als was Gegenstand des Beweisthemas war, nicht gehen darf (Anz. 1850, S. 171). Dies Verfahren ist dem Beweismittel des Schiedseides eigenthümlich, während bei allen übrigen Beweismitteln nach stattgehabter De- und Contradeduction sogleich ein definitives Erkenntniß erfolgt (Anz. 1841, S. 330). *) Daraus folgt, daß, wenn der Delat nach mißlungener Gewissensvertretung sich für sachfällig erklärt hat, „es einer weiteren Verhandlung über die Wirkung der Sachfälligkeit nicht bedarf" (Anz. ibid.). Aber auch nur dann ist ein Purificationstermin anzuberaumen, wenn der Eid geleistet worden; von der Ansetzung eines solchen Termins kann alsdann nicht die Rede sein, wenn, ähnlich wie beim desert gewordenen Beweise überhaupt (Anz. 1851, S. 351), die pœna recusati eintritt, „mithin die Purification der Sentenz auf einseitigen Antrag der Partei erfolgt". Ein anderes Verfahren würde auch den Geist des Kanzeleipatents vom 4. April 1797 § 2 widersprechen (Anz. 1849, S. 180). Ein anberaumter Purificationstermin ist ein peremtorischer, es wird beim Ausbleiben des Citaten auf Antrag des Citanten in contumaciam ein purificirendes Erkenntniß abgesprochen (Anz. 1843, S. 153).

Ein nach einem geleisteten oder nicht geleisteten Eide gesprochenes Erkenntniß ist sofort rechtskräftig und durch ordentliche Rechtsmittel nicht weiter anfechtbar.

Die Proceßkosten anlangend, so hat solche, mag der Eid geleistet oder verweigert sein, in der Regel die unterliegende Partei der obsiegenden zu erstatten (Anz. 1852, S. 319, 328). Jedoch tritt dieser Grundsatz zurück, wenn überwiegende Gründe Kostencompensation auch hier räthlich erscheinen lassen, z. B. wenn die Parteien nahe mit einander verwandt sind (Anz. 1853, S. 189).

*) Ein besonderer nicht mit dem Termin zur Eidesleistung zusammenfallender Purificationstermin wird auch bei dem Schiedseide nur in den Fällen vorkommen können, wo derselbe vor einer Commission oder einer requirirten Behörde geleistet worden ist.
A. d. R.

Entscheidungen.

Criminalfälle.

Todtschlag.

Am 26. August 1854, kurz nach 11 Uhr Vormittags, hörten die Ehefrau des in der Dreyerstraße zu Altona wohnenden Pumpenmachers Ewers, deren Töchter und Dienstmädchen, sowie eine dort gerade arbeitende Näherin Hagendorf, aus dem unter der Wohnung befindlichen Keller, welcher von dem Pantoffelmacher Claus Hinrich Möller und seiner Ehefrau bewohnt ward, in welchem sich aber auch die Ewers'sche Küche befand, das Angstgeschrei eines Frauenzimmers, dazwischen das laute, barsche Sprechen eines Mannes. Es wurde mehrmals der Ruf: „O Gott, o Gott!" gehört, auch vernahm das Dienstmädchen, welches, gerade in der Küche sich aufhaltend, von dort aus das Geschrei hörte, ein Röcheln, als wenn Jemandem der Hals abgedrückt würde. Der Schall war erst heller, dann allmählig dumpfer, nach Verlauf von ungefähr 5 Minuten ward es still. Die Näherin Hagendorf, welche sich auf Aufforderung hinunter begab, um nachzuhören, ob der Ehefrau Möller etwas angekommen wäre, fand die Kellerthür verriegelt oder verschlossen; auf ihr Rütteln an derselben erschien der Pantoffelmacher Möller vor dem Glasfenster mit wilden und verstörten Blicken, die Hemdsärmel aufgekrämpelt und die Arme naß, als wenn er sich so eben gewaschen hätte, und antwortete ihr auf ihre Frage nach der Ursache des Geschreis, daß seine Frau in Krämpfen liege, er sie aber schon ruhig habe, worauf er sich sogleich umkehrte. Die Hagendorf kehrte zurück und äußerte die Vermuthung, daß Möller seiner Frau zu nahe getreten wäre; diese Aeußerung ward ihr indessen als unbegründet und unvorsichtig verwiesen und man beruhigte sich bei der erhaltenen Auskunft.

Mehrere Stunden später, gegen 3 Uhr Nachmittags, erschien Möller bei seiner in Altona wohnenden Schwester, der Ehefrau Küchenmeister. Auf dem Wege

dahin war er bei dem Wirth Meyer auf dem Rathhausmarkt vorgekehrt, wo er sich eine Tasse Kaffee und ein Rundstück mit dem Hinzufügen hatte geben lassen, daß er an dem Tage noch nichts gegessen habe. Da er blaß ausgesehen und der Schweiß ihm auf der Stirne gestanden, hatte der Wirth ihn nach der Ursache befragt, er darauf erwidert, daß seine Frau in Krämpfe gefallen sei, und zwar mit einem Geschrei, als wenn Mord und Todtschlag da sei, daß er sie aber ins Bett gelegt habe, wo sie nun läge, ohne sich zu rühren. Auf den ihm gemachten Vorwurf, daß er keine Hülfe herbeihole, hatte er dann erklärt, daß er seiner Schwester Bescheid sagen wolle, und war, nachdem er sich beim Weggehen noch eine Cigarre angezündet hatte, fortgegangen. Bei seiner Schwester erschien er blaß und verstört mit der Anzeige, daß seine Frau seit dem Morgen in Krämpfen läge und vielleicht schon todt sein werde, wenn er nach Hause käme, und forderte sie auf, mit ihm zu gehen. Sie mußte dies wegen Krankheit ihrer Kinder ablehnen; auf ihre Bitte aber erklärte sich ihre gerade anwesende Tochter, die Hebamme Bernitt, dazu bereit. Möller, damit zufrieden, entfernte sich; nach Verlauf von etwa 10 Minuten folgte ihm die Bernitt, begleitet von einem Glasergesellen Langhans, welcher sich zum Mitgehen erboten hatte. Bei dem Möller'schen Keller angelangt, ging die Bernitt hinein, während Langhans vorläufig draußen blieb. Sie fand den Möller mit den Händen vor dem Gesicht vor dem Alkoven sitzend; er zeigte ihr an, daß seine Frau schon todt sei, wovon die Bernitt sich auch alsbald durch Befühlen des Pulses der Leiche überzeugte. Sie fand deren Lippen aufgeschwollen und bemerkte ihm dies als eine auffallende Erscheinung; er äußerte, daß es wohl von den stattgehabten Krämpfen herrühre. Nun ging die Bernitt fort, kehrte aber gleich wieder mit dem Glasergesellen Langhans in den Keller zurück, da dieser Lust hatte, die Leiche zu sehen, auch zusehen wollte, ob der Frau noch zu helfen sei. Nachdem Möller ihm die Leiche mit dem Angeben, daß seine Frau schon seit Mittag in Krämpfe gefallen wäre, gezeigt und er den Puls befühlt hatte, äußerte er, daß es doch nothwendig sei, einen Arzt zu holen, da die Leiche besichtigt werden müsse; jener machte Einwendungen, weil dies Kosten verursache und er kein Geld habe, gab aber schließlich auf die Vorstellung, daß es nichts koste, seine Zustimmung. Von Langhans ward nun der grade in der Nähe befindliche **Dr.** Bleyer herbeigeholt. Diesem erschien sofort das Benehmen des Möller, welcher ihm mit schüchternen Blicken, bleich und zitternd entgegenkam, verdächtig; der Verdacht steigerte sich, als er fand, daß die Leiche der offenbar schon seit mehreren Stunden verstorbenen Frau erst als solche in das Bett hineingelegt worden war. Er ließ nun, wie er weiter erzählt, von dem Möller sich leuchten, welcher so heftig zitterte, daß die Lampe davon flackerte, und gewahrte am Hals der Leiche ungewöhnlich breite und dunkle Flecke, welche mit einer Strangrinne die größte Aehnlichkeit hatten. Hierauf hindeutend erklärte er ihm: „Ihre Frau starb eines gewaltsamen Todes, sie ist erdrosselt;" und setzte, auf die eigenthümliche Richtung der Strangrinne Rücksicht nehmend, hinzu: „Das kann sie unmöglich selbst gethan haben, das that ein Anderer." Möller zitterte so heftig, daß er die Lampe auf die Commode setzte, an welche er sich auch anlehnte, und die Augen niederschlug. Mit erhobener Stimme setzte der **Dr.** Bleyer dann hinzu: „Das haben Sie gethan, Sie haben die Frau erdrosselt." Möller schwieg lange, dann sagte er: „Ich weiß gar nicht, was Sie von mir wollen, bitte! — bitte! — ich weiß auch gar nicht, was Sie sagen." Wohl fühlend, daß er zu weit gegangen sei, äußerte nun der Arzt, er könne sich auch irren, die Frau könne auch gefallen sein, worauf Möller tief Athem schöpfend erwiderte, daß sie bei dem Anfall der Krämpfe auf einen Kessel, den sie gescheuert habe, gefallen sei. Der **Dr.** Bleyer entfernte sich nun, nachdem er die Ausstellung eines Todtenscheins scheinbar zugesichert hatte, begab sich aber sofort zur Beschaffung der nöthigen Anzeige auf das Polizeiamt. Auch die Bernitt und Langhans, welchen die Sache zu unheimlich wurde, verließen die Wohnung des Möller, welcher bald nachher auf der Straße verhaftet wurde.

Die Untersuchung ward zunächst vom Polizeiamt geführt. Der Inculpat, welcher in den ersten beiden Vernehmungen in sehr unglaubwürdiger Weise behauptete, daß seine Frau, während er bei der Arbeit gewesen, sich mittelst ihrer Schürze erhängt habe, trat in einem dritten Verhör, in welchem der **Dr.** Bleyer ihm gegenübergestellt ward, mit dem Geständniß hervor, daß er seine Frau erdrosselt habe, wobei er indessen, wie auch später beharrlich während der ganzen Untersuchung, die Absicht, sie zu tödten, in Abrede gestellt hat. Da die vor dem Polizeiamt und demnächst vor der Criminalcommission des Magistrats beschafften Aussagen des Inculpaten in allen wesentlichen Punkten übereinstimmen, lassen sich die in den verschiedenen Verhören niedergelegten Angaben des Inculpaten über den Hergang der That in einem fortlaufenden Referate zusammenfassen.

Hiernach ist Inculpat an dem fraglichen Tage, einem Sonnabend, mit seiner Frau, wie gewöhnlich, um 6 Uhr Morgens aufgestanden, hat Vorbereitungen zu seiner Tagesarbeit getroffen, dann mit seiner Frau in der Stube Kaffee getrunken, wobei er über sein Geschäft gesprochen hat. Sie hat ihm erzählt, daß sie von ihrer Schwester, der Ehefrau des Steuermannes Pingel in St. Pauli, die Zusage erhalten hätte, ihnen einen Vorschuß zur besseren Betreibung ihres Geschäfts machen zu wollen, falls ihr Ehemann sich damit einverstanden erkläre, worüber Inculpat seine

Freude ausgesprochen hat. Nach dem Trinken hat Inculpat gearbeitet, während seine Frau mit häuslichen Verrichtungen beschäftigt gewesen ist. Sie hat des Sonnabends regelmäßig um 7 Uhr Vormittags Stube und Treppe gescheuert und der Inculpat sich dann so lange entfernt. Dies ist an dem beregten Tage ebenfalls geschehen. Inculpat hat seiner Frau gesagt, daß er ordinaires Pantoffelleder, welches er nicht mehr gehabt, wenn er es wohlfeil erhalten könne, kaufen wolle, und zu dem Ende von ihr den Schlüssel zu ihrer Kommode, worin sich ihre Baarschaft befand, verlangt und erhalten. Als er alles Geld mit sich genommen, ist seine Frau darüber traurig geworden, was den Inculpaten zu der Frage veranlaßt hat, ob er ihr noch etwas mitbringen solle. Sie hat erwidert, er möchte im Vorbeigehen ein Pfund Mehl für den Mittag kaufen, und Inculpat hierauf den Keller verlassen, ohne über die Zeit der Rückkehr etwas zu bemerken, worüber auch von seiner Frau keine Aeußerung gemacht worden ist. Bis dahin ist zwischen den beiden Eheleuten kein unangenehmes Wort, geschweige denn ein Zerwürfniß vorgekommen. Inculpat hat bei einem Lederhändler Martens auf St. Pauli Schaafleder kaufen wollen, unterwegs aber ist die Betrübtheit seiner Frau über das von ihm beabsichtigte Ausgeben seiner ganzen Baarschaft ihm wieder durch den Sinn gegangen, ihm selbst auch die Sache bedenklich erschienen; er hat daher seinen früheren Plan aufgegeben und ist zu einem Schuster Warmbold auf St. Pauli gegangen, wo er seine der Reparatur bedürftigen Stiefel gegen ein Paar neue, für ihn verfertigte umgewechselt hat. Er hat sich ungefähr eine Stunde mit dem genannten Warmbold über gleichgültige Dinge unterhalten, dann bei einem Mehlhändler in der Königstraße das Mehl eingekauft und ist nach etwa zweistündiger Abwesenheit in seine Wohnung zurückgekehrt.

Vor weiterer Angabe der inculpatischen Aussage mag hier der Localitäten eine kurze Erwähnung geschehen. Der von dem Inculpaten bewohnte Keller befindet sich, wie schon erwähnt ist, unter dem Hause des Pumpenmachers Ewers in der Dreyerstraße. Man gelangt zu demselben mittelst einer fünf hölzerne Stufen enthaltenden Treppe. Die Thür ist mit einem Fenster versehen, welches die Vordiele erhellt. Der Keller enthält drei Räumlichkeiten: die Vordiele, welche zugleich als Küche dient, eine Kammer und Wohnstube, welche letztere an beiden Seiten der Vordiele liegen. Außerdem befindet sich in dem Keller, an die Wohnstube des Inculpaten angränzend, die Ewers'sche Küche, die von derselben aufwärts führende Treppe ist von der Kammer des Inculpaten nur durch eine dünne Bretterwand geschieden.

Nach seinem Eintreten in den Keller hat Inculpat, wie er weiter erzählt, das Mehl auf einen auf der Diele befindlichen Anrichtetisch gelegt, vor welchem seine Frau, mit Vorbereitungen zum Mittag beschäftigt, gestanden hat, und auf ihre Frage nach dem Preise des Mehls diesen genannt, auch darüber mit ihr noch gesprochen, daß es noch nicht billiger geworden wäre. Er hat sie gefragt, ob in seiner Abwesenheit Jemand im Keller gewesen wäre, was sie verneint hat. Darauf hat er seinen Rock gewechselt und die Stiefel mit den gewöhnlich von ihm getragenen hölzernen Pantoffeln vertauscht. Als er hiermit auf der Vordiele beschäftigt gewesen, hat seine Frau, an welcher er bisher keine Veränderung in der Stimmung bemerkt haben will, ihn in einem gereizten Tone gefragt, weshalb er kein Leder mitgebracht hätte, worauf er entgegnet: er hätte aber das Geld wieder mitgebracht. Darauf hat seine Frau erwidert: „Das willst du wohl für deine Hurerei gebrauchen," und auf seine Frage, wie sie so etwas sagen könnte: „Das weiß ich gewiß und sage es daher dreist noch einmal." Hierüber aufgebracht, ist Inculpat auf seine Frau, welche noch immer vor der Anrichte gestanden hat, zugetreten und hat ihr mit den Worten: „Das will ich dir ablehren" mit der geballten Faust einen Stoß an die linke Brust gegeben, daß sie seitwärts zwischen den Tisch und den Heerd gefallen ist. In der Voraussetzung, wie er angiebt, daß sie, wenn sie wieder aufkäme, Lärm machen würde, hat er, um Aufsehen zu vermeiden, schnell die Kellerthür zugemacht, dann einen Leisten vom Bord genommen, um damit seine mittlerweile aufgesprungene und auf ihn zukommende Frau abzuschrecken. Diese hat ihn mit den Worten: „Du Schuft, willst mich noch stoßen!" am Hemdkragen gefaßt und Miene gemacht, ihn zu schlagen. Inculpat hat sie mit der linken Hand von sich gestoßen, so daß sie ihn losgelassen hat, ihr dabei zugerufen: „Du willst dich noch wehren, komm nicht wieder, sonst schlage ich dich mit dem Leisten," oder, wie er ein anderes Mal erzählt: „Geihst du torüg, sonst krigst du wat hiermit," und ihr dabei den Leisten entgegen gehalten. Da sie aber desungeachtet wieder auf ihn zugekommen ist, hat Inculpat mit der linken Hand den linken Arm seiner Frau gefaßt und mit dem stumpfen Ende des in der Mitte überfaßten Leistens zwei Schläge nach ihrem Kopfe geführt. Den ersten Schlag hat sie mit dem linken Arm abgewehrt, den zweiten aber am Kopf erhalten. Nach den Schlägen hat er sie losgelassen, sie ist darauf aber wieder mit blutendem Gesicht, schreiend: „O Gott, o Gott!" auf ihn zugekommen und hat ihn wieder am Hemde gepackt. Inculpat hat sie nunmehr hinten am Kleid angepackt und niedergeworfen, wobei sie mit dem Kopf auf die Fußmatte vor der Stubenthür, mit den Beinen nach der Kellerthür zu gefallen, während er selbst stehen geblieben ist. Da sie nun mit dem Schreien fortgefahren ist, hat er, dieses zu verhindern, seine am Pfosten der Kammerthür hangende Arbeitsschürze herabgerissen, um ihr den

Mund damit zuzuhalten. Als er sich mit der Schürze wieder gegen seine Frau gewendet, hat diese sich etwas aufgerichtet und auf ihren linken Ellenbogen gestützt gehabt. Inculpat hat sich nun auf der linken Seite seiner Frau auf die Kniee geworfen, sie mit der linken Hand niedergedrückt und ihr mit der rechten die Schürze vor den Mund gehalten. Als sie diese mit einer oder beiden Händen weggerissen und abermals zu schreien angefangen, hat Inculpat, indem er gleichzeitig seine Frau mit dem einen Knie oder linken Ellenbogen niedergehalten, die Schürze zusammengekrellt und über den Nacken seiner Frau, welche in dem Augenblick den Kopf wieder etwas in die Höhe gehoben hat, geschlagen und die Enden der Schürze mit der rechten Hand zusammenfassend, an der linken Seite des Halses umgedreht, wobei er zugleich in ein kleines seidenes Tuch, welches seine Frau um den Hals getragen, gefaßt und es mit umgedreht hat. Sie hat die Augen verdreht, ist roth im Gesicht geworden, hat geröchelt, ist nach ein paar Minuten still geworden.

Nunmehr hat Inculpat seine rechte Hand, indem er die Schürze und das Tuch losgelassen, zurückgezogen. In diesem Augenblick ist, wie er angiebt, das Gefühl der Reue in ihm erwacht, und in der Hoffnung, daß sie noch wieder zu sich kommen würde, hat er seine Frau sofort vom Boden aufgenommen, indem er sie mit beiden Händen unter die Arme gefaßt, sie in die Stube getragen und auf den nächsten Stuhl neben dem Ofen gesetzt, wobei ihr Kopf an die Wand gefallen ist. In dieser Stellung, während sie ihre Gliedmaaßen noch bewegt und er sie deshalb nicht für todt gehalten, hat er sie verlassen und Wasser in einer Schaale aus der Küche geholt. Bei seiner Rückkehr mit dem Wasser und als er ihr Gesicht damit gewaschen, hat er keine Bewegung mehr bemerkt, sie ist auch beim Waschen zusammengesunken. Daraus hat er, nach einer Aeußerung in einem anfänglichen Verhör, schon damals die Ueberzeugung erlangt, daß seine Frau todt wäre; in einem ferneren Verhör erklärt er indessen dies für ein Mißverständniß und will damals nur noch die Besorgniß gehabt haben, daß es der Fall sein könne. Inculpat weiß sich nicht zu entsinnen, ob die Augen seiner Frau geöffnet gewesen seien, als er sie hingesetzt hat, später sind sie geschlossen gewesen; er giebt zu, daß er beim Waschen die Augen könne zugedrückt haben. Während er damit beschäftigt gewesen, seiner Frau das Blut aus dem Gesicht zu waschen, welches über beide Backen heruntergelaufen war, ist eine Person, welche er für das Mädchen seiner Hauswirthin gehalten hat (nach dem früher Erwähnten die Näherin Hagendorf), vor der Kellerthür erschienen. Um ihr Eindringen zu verhindern, hat Inculpat den mit der einen Hand umfaßten Kopf seiner Frau wieder an die Wand gelehnt, ist rasch an die Kellerthür getreten und hat, ohne diese selbst oder das darin befindliche Fenster zu öffnen, dem Mädchen auf die im Auftrag seiner Hauswirthin an ihn gerichtete Frage, was seiner Frau fehle, erwidert, daß sie schreiende Krämpfe gehabt, er sie aber schon zu Bette gebracht habe, mit welchem Bescheid das Mädchen sich sofort entfernt hat. Inculpat ist in die Stube zurückgekehrt, wo er die Lage seiner Frau verändert gefunden hat, indem der Körper noch mehr als früher zusammengesunken und der Kopf an den Ofen geglitten ist; er hat beschlossen, sie ins Bett zu legen, zu dem Zweck die Alkoventhür geöffnet, die Bettdecke zurückgeschlagen und eine zu den Füßen des Bettes hingelegte wollene Pferdedecke über das Bettlaken gebreitet, damit es nicht mit Blut befleckt werde, sodann seine Frau, den Kopf auf seinem linken, den Körper auf dem rechten Arme haltend, in das Bett zunächst auf die wollene Decke gelegt, indem er das Kopfende zuerst durch die schmale Thür geschafft und dann das andere Ende hingelegt hat. Hierauf hat er, wie er erzählt, seine auf dem Rücken vorne im Bett liegende Frau besehen und gehorcht, ob sie noch athme und sich bewege, aber beides nicht verspürt. Obwohl er dadurch in Angst gerathen sei und die Besorgniß gehegt habe, daß sie todt sein möchte, will er doch noch gehofft haben, daß sie sich nur im betäubten Zustande befände und sich noch wieder besinnen könnte. Die Strangrinne um den Hals hat er bis dahin nicht bemerkt. Ohne die Bettdecke überzuschlagen hat er seine Frau auf dem Bette liegen lassen und sich auf die Vordiele begeben, zunächst die dort, sowie in der Stube beim Ofen befindlichen Blutspuren mit einem nassen Feudel weggeschafft, seine Hände vom Blut gereinigt, hierauf was beim Kampf auf der Diele umgestoßen worden, insonderheit einen Kasten mit Sand wieder weggeschafft, demnächst das blutige Wasser aus dem Scheuereimer, in welchem er den Feudel ausgespült und sich selbst gewaschen, in den Schmutzeimer gegossen und frisches Wasser eingefüllt, dann sein mit Blut beflecktes Hemd aus- und ein reines angezogen und jenes sammt der gleichfalls blutigen Schürze, welche unter dem Stuhle links von der Stubenthür gelegen, wohin er sie beim Aufnehmen seiner Frau vom Fußboden wahrscheinlich geworfen, zusammengewickelt und in die Kammer gelegt. Während er dieses alles vollführt hat, ist er zu drei verschiedenen Malen an das Bett getreten, um zu sehen, ob seine Frau wieder zu sich gekommen wäre, hat aber keine Spur von Leben bemerkt. Um nun doch noch einen Versuch zu machen, sie ins Leben zurückzubringen, hat er beschlossen, Hoffmann'sche Tropfen zu holen, und zu dem Behufe sich angekleidet. Bevor Inculpat den Keller verlassen, hat er seine Frau, welche noch warm gewesen, mit der Bettdecke bedeckt, die Alkoventhür aber offen gelassen. Hierauf ist er weggegangen, indem er seinen Keller abgeschlossen und den Schlüssel zu sich gesteckt hat.

Inculpat hat nun, wie er angiebt, bei dem Materialisten Noodt in der großen Mühlenstraße für zwei Schilling Hoffmann'sche Tropfen gekauft, ohne daß dabei davon gesprochen worden ist, wozu er sie gebrauchen wolle, und ist mit den Tropfen geradeswegs in seinen Keller zurückgekehrt. Hier hat er seiner Frau, welche er in derselben Lage, worin er sie verlassen, wieder vorgefunden hat, angeblich einige Tropfen in den Mund gegossen, aber gleich bemerkt, daß sie nicht mehr schlucken könne, nunmehr jede Hoffnung, sie ins Leben zurückzubringen, aufgegeben, sich hingesetzt und darüber nachgedacht, wie er ihre Todesart verheimlichen könnte, und beschlossen, zu sagen, daß sie die Krämpfe gehabt hätte, gefallen und in Folge dessen gestorben wäre. Nach Fassung dieses Entschlusses hat Inculpat die noch in der Stube und auf der Vordiele vorhanden gewesenen Blutspuren mit einem nassen Feudel beseitigt, sein Hemd und seine Schürze aus der Kammer hervorgeholt und ausgewaschen, beides auf die Leine in der Kammer gehängt und das blutige Wasser in den Schmutzeimer gegossen. Nachdem er auf solche Weise jede Spur des Vorfalls vernichtet zu haben glaubte, hat er, weil es ihm so schrecklich gewesen sei, allein im Keller zu sein, seine Schwester zu holen beschlossen und sich, indem er den Keller hinter sich zugeschlossen, auf den Weg gemacht. Auf dem Rathhausmarkt ist er, weil ihm so sonderbar zu Muthe geworden, bei dem Kellerwirth Meyer vorgekehrt und hat hier eine Kumme Kaffee nebst einem Rundstück zu sich genommen. Sein Gespräch mit diesem und demnächst mit seiner Schwester, der Ehefrau Küchenmeister, zu welcher er sich nach Verlauf von etwa 10 Minuten begeben hat, erzählt er ganz, wie oben angegeben ist, indem er nur noch hinzufügt, daß er auf dem Wege zu der letztern einem Bekannten, dem Wollkämmer Osterloh begegnet sei und diesem auf seine Frage, wohin er so eilig wolle, erwidert habe, seine Frau wäre so krank und er deshalb im Begriff, seine Schwester zu holen. Nachdem er seine Schwester verlassen, ist Inculpat, wie er weiter erzählt, geradeswegs nach Hause zurückgekehrt. Er hat seine Frau besehen und, die Hand an ihr Gesicht legend, gefühlt, daß sie schon ganz kalt wäre, sich darauf hingesetzt und über sein Schicksal nachgedacht, bis nach etwa 10 Minuten seine Nichte erschienen ist, welche auf seine Mittheilung, daß seine Frau schon todt wäre, diese verwundert betrachtet und sich von ihrem Tode überzeugt, darauf, als sie erfahren, daß er keinen Doctor hinzugerufen hätte, ihm darüber Vorwürfe gemacht hat. Sie ist fortgegangen, aber bald darauf mit dem Glaser Langhans zurückgekommen, welcher geäußert, daß Leute mehrere Stunden in Krämpfen liegen könnten und man deshalb einen Arzt rufen müsse, sich auch erboten hat, einen gerade an der Ecke der Straße haltenden Doctor herbeizuholen, und, obwohl der Inculpat Anfangs dagegen protestirt hat, weggelaufen, auch sogleich mit dem dem Inculpaten bis dahin nicht bekannten **Dr.** Bleyer wieder erschienen ist. Dieser hat sofort seinen Unwillen darüber zu erkennen gegeben, daß er statt zu einer in den letzten Zügen liegenden, zu einer schon seit mehreren Stunden verstorbenen Frau gerufen wäre, hat Licht verlangt und nach näherer Betrachtung der Leiche bemerkt, daß die Frau nicht natürlichen Todes gestorben wäre. Inculpat ist dem ihn heftig anfahrenden Arzt gegenüber dabei geblieben, daß sie Krämpfe gehabt hätte und gefallen wäre. Dieser hat schließlich gesagt, daß er es glauben und am folgenden Morgen einen Todtenschein ausstellen wolle, sich darauf entfernt. Auch die Bernitt und Langhans sind nach kurzer Zeit fortgegangen, nachdem Inculpat ihnen gegenüber bei seiner früheren Angabe verblieben ist. Als er sich allein befunden, hat er sich hingesetzt und über den Vorgang nachgedacht, er hat sich der Hoffnung hingegeben, daß keine üble Folgen für ihn aus dem Vorgefallenen entstehen würden. Nach Verlauf einer Viertelstunde ist es ihm jedoch unheimlich im Keller geworden, er hat beschlossen, zunächst zu seiner in St. Pauli wohnenden Schwester zu gehen und den Tod seiner Frau ihr anzuzeigen. Einige Schritte von dem Keller entfernt, ist er aber von zwei Polizeidienern angehalten und in den Keller zurückgeführt worden, wo bald darauf der Physicus Nagel erschienen ist, die Leiche besichtigt und nach der Todesursache gefragt hat. Inculpat, welcher von dem **Dr.** Bleyer die (von diesem übrigens in Abrede gestellte) Bemerkung, daß seine Frau noch einen Strick um den Hals hätte, gehört haben will, ist auf den Gedanken gerathen, von seiner früheren Aussage abzugehen und anzugeben, daß seine Frau sich erhängt hätte, hat aber auf die Aufforderung, die Stelle, wo dies geschehen sei, anzuzeigen, sich, weil er früher hierüber nicht nachgedacht, in seiner Angabe verwirrt und ist darauf auf die Weisung des Physicus auf das Polizeiamt geführt worden.

In dem Vorstehenden ist die Darstellung des Hergangs enthalten, wie sie vom Inculpaten gegeben worden ist. Sie stimmt, wie aus dem im Eingang Angeführten hervorgeht, mit den Aussagen der Zeugen, soweit dieselben sie bestätigen können, überein; nur zwei Punkte sind in dieser Beziehung hervorzuheben.

Die Näherin Hagendorf fand, als sie hinunterging, sich nach der Ursache des gehörten Geschreis zu erkundigen, die Kellerthür verriegelt oder verschlossen; sie behauptet, wenigstens zweimal mit aller Macht versucht zu haben, sie zu öffnen, aber vergebens. Inculpat deponirt Anfangs, daß er die halbgeöffnete Kellerthür nur zugemacht, aber nicht abgeschlossen oder zugeriegelt habe, später aber, als er mit der Hagendorf confrontirt worden, hat er erklärt: er könne sich des Umstandes mit dem Zumachen der Thür nicht mit

der Bestimmtheit entsinnen, um die Behauptung der Hagendorf bestreiten oder einräumen zu können, gab aber zu, daß die größte Wahrscheinlichkeit für deren Richtigkeit spreche, weil bei dem Rütteln der Thür, welches er in der Stube gehört und welches ihn bewogen habe, hinzugehen und nachzusehen, dieselbe im entgegengesetzten Fall von der Hagendorf geöffnet worden wäre. Zugeriegelt sei die Thür jedenfalls nicht gewesen, da zwar ein kleiner hölzerner Riegel angebracht wäre, dieser aber oben gesessen habe und so schwach wäre, daß er nicht vermöchte, einem heftigen Andrängen von außen zu widerstehen. Die Hagendorf hat ihre Aussage beeidigt.

Ein zweiter Punkt, die von dem Inculpaten behauptete Anwendung Hoffmanuscher Tropfen zur Wiederbelebung seiner Frau, hat nicht ganz aufgeklärt werden können. Allerdings hat er bei dem Materialisten Noodt solche Tropfen gekauft; ob dies aber am Tage der That oder schon am vorhergehenden Tage geschehen, darüber ist keine Gewißheit zu erlangen gewesen. Der Materialist Noodt behauptet Anfangs mit Bestimmtheit, daß der Inculpat nicht an demselben Tage, an welchem seine Frau getödtet worden, bei ihm gewesen sei, indem er sich darauf beruft, daß er an dem fraglichen Abend gleich, nachdem er von der That Kunde erhalten, sich dahin geäußert habe: Möller habe am vorhergehenden Nachmittag Hoffmannsche Tropfen bei ihm geholt, es freue ihn doch, daß er keine schädliche Essenz bei ihm gekauft habe. Nach stattgehabter Confrontation mit dem Inculpaten giebt Noodt indessen die Möglichkeit eines Irrthums zu und provocirt auf seinen bei dem Verkauf gegenwärtig gewesenen Gehülfen Schwarz. Dieser weiß aber nur mit Bestimmtheit, daß er den Inculpaten am Tage nach seiner Anwesenheit in Noodt's Laden mit einem Polizeidiener hat vorbeigehen sehen, woraus mit Sicherheit sich nichts ableiten läßt, will sich dagegen entsinnen, durch Jemanden im Laden am Morgen, nachdem die Geschichte Tags zuvor passirt, von derselben gehört und bemerkt zu haben, daß der bezeichnete Mann noch gestern im Laden gewesen wäre. Daß Hoffmannsche Tropfen an dem fraglichen Tage in der Stube des Inculpaten gebraucht worden sind, bestätigen die Wittwe Bernitt, der Glasergeselle Langhans und der Arzt; aber weder die Bernitt, noch der Dr. Bleyer haben eine Spur von ihrer Anwendung an der Leiche bemerkt, letzterer glaubt sich zu erinnern, daß er an dem Inculpaten selbst den Geruch der Tropfen verspürt habe, was von diesem bestritten wird.

Der vom Inculpaten angegebene Hergang der That findet in den Ergebnissen der Leichenbesichtigung und der Obduction, sowie in dem von dem Physicat erstatteten Gutachten seine volle Bestätigung. In dem letzten wird bemerkt, daß sämmtliche Erscheinungen, welche die Obduction in der Brusthöhle nachgewiesen habe, die Röthung des Kehldeckels, der blutige Schaum und Schleim in der Luftröhre und in den Bronchien, die Ueberfüllung der Lungen, der großen Gefäße und des rechten Herzens mit schwarzem Blut untrüglich für den Tod an Stickfluß sprächen, und die Art, wie solcher entstanden, aus der Leichenbesichtigung nicht minder sicher anzugeben sei. Die um den Hals verlaufende Strangrinne und die oberhalb und unterhalb des Kieferrandes vorgefundenen vertrockneten Hautquetschungen zeigten deutlich die stattgefundene Erdrosselung, und zwar mittelst zweier Werkzeuge, des dünnen seidenen Tuches, welches die Leiche noch zusammengeschnürt um den Hals getragen habe, und der groben leinenen Schürze, welche nebst jenem bei den Acten liege. Der Hergang bei dieser Erdrosselung scheine nun, übereinstimmend mit den Aussagen des Inquisiten, gegen deren Wahrheit, wenigstens aus objectiven Gründen, nichts Erhebliches einzuwenden sei, der gewesen zu sein, daß die defuncta, nachdem sie zwei Schläge, wovon die zwei vorgefundenen Wunden am Kopfe die Folge gewesen, erhalten habe, während der ungewöhnlich starke Mann ihren linken Arm oberhalb des Handgelenks dergestalt festgehalten habe, daß die Spuren davon in Enchymosen und Anschwellungen an der Leiche sichtbar gewesen wären, zu Boden gefallen oder geworfen worden sei. Die Kopfverletzungen, deren eine zwar eine Fissur des Schädels hervorgebracht habe, seien nicht so stark gewesen, um eine bedeutende Betäubung zu bewirken. Die defuncta habe geschrieen, der Inculpat sich bemüht, ihr den Mund zuzuhalten, vielleicht erst mit der Hand, demnächst eingestandener Maaßen mit der Schürze. Als auch dies zur Erzwingung ihres Stillschweigens nicht hingereicht, habe er ihr die Schürze über den Hals geworfen, diese zusammengefaßt, gleichzeitig aber in das kleine seidene Tuch hineingegriffen und nun beides, Schürze und Tuch, so lange umgedreht, bis seine Frau keinen Laut mehr von sich gegeben habe. Auf solche Weise erklärten sich alle in dem Sectionsprotocoll verzeichneten Erscheinungen. Ob die defuncta, wie Inquisit aussage, noch gelebt habe, nachdem er sie von der Erde aufgehoben und in die Stube getragen, ob demzufolge schleunige ärztliche Hülfe noch im Stande gewesen wäre, sie wieder ins Leben zu rufen, lasse sich aus der Obduction nicht beurtheilen, scheine aber wenig wahrscheinlich zu sein.

(Die Fortsetzung folgt.)

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen **Henrici** *und* **Lucht.**

Gedruckt bei **Augustin** *in Glückstadt.*

35. Stück. Den 1. September 1856.

Entscheidungen.

Schenkungsversprechen. — Einrede des Scherzes.

In Sachen des Altentheilers Asmus Grimm in Havikhorst, Beklagten, jetzt Appellanten, wider den Krahnbesitzer H. F. Wilken in Oldesloe, Kläger, jetzt Appellaten, wegen Erfüllung eines Schenkungsversprechens s. w. d. a., jetzt Appellation gegen das Erkenntniß des [illegible] Landgerichts vom 16. October v. J.;

ergeben die Acten:

Appellat hat zur Begründung seiner wider den Appellanten erhobenen Klage angeführt: Im Juni 1844 habe er, damals auf seiner Hufe in Havikhorst wohnhaft, sich mit dem Beklagten und dem Hufner Wohlers zu Fuß nach Reinfeld begeben, um auf der dortigen Amtstube eine Vereinbarungsacte in Betreff eines Wasserlaufes zu vollziehen. Als sie im Reinfelder Wirthshause angelangt wären, habe sich Beklagter matt und erschöpft von der Fußtour auf das Sopha mit den Worten niedergesetzt, „das sei wohl das letzte Mal, daß er in Reinfeld komme, denn er werde bald sterben." Auf die Bemerkung des Klägers, „Beklagter (sein Onkel) werde noch wieder kräftiger als jetzt und noch 10 Jahre leben", habe Beklagter entgegnet:

> „mein Sohn, wenn ich noch 10 Jahre lebe, so will ich dir 1000 ℛ schenken";

und als Kläger geantwortet, „Onkel hat mir schon oft etwas versprochen, aber nie gehalten", habe Beklagter gesagt: „ich sollte Jemand etwas zusagen und nicht halten", habe den anwesenden Wirth Wittmaack und den Hufner Wohlers herbeigeholt und erklärt: „kommt her, Ihr Beiden sollt Zeugen sein; wenn ich noch zehn Jahre lebe, will ich meinem Vetter Wilken (auf den er mit dem Finger gezeigt) 1000 ℛ schenken, baar schenken".

Dies Versprechen habe Kläger acceptirt, indem er dem Beklagten erwidert: „Na Onkel, dann soll es Ernst bleiben, dann bedanke ich mich für die Zusage", habe auch die Zeugen ermahnt, nicht zu vergessen, was hier gesprochen, und von denselben zur Antwort erhalten: „natürlich, der Bauervogt (Beklagter) hat uns selbst dazu berufen".

Da nun die Bedingung, von der das acceptirte Schenkungsversprechen abhängig [illegible] sei, Beklagter aber die Erfüllung verweigere, so beantrage Kläger ein Erkenntniß dahin:

> daß Beklagter schuldig sei, die libellirten 1000 ℛ, jetzt 1600 ℛ R.-M., innerhalb Ordnungsfrist an den Kläger zu bezahlen und die Proceßkosten zu erstatten.

Excipiendo hat Beklagter die Behauptungen des Klägers in Abrede gestellt und dabei bemerklich gemacht, er habe über die Veranlassung der Klage aus Erinnerungen sich allerdings eine Vermuthung bilden können. Er wisse nämlich sehr wohl, daß vor langen Jahren einmal — und das möge vor reichlich 10 Jahren in Reinfeld gewesen sein — der Kläger ihm eine Lebensdauer von noch wenigstens 10 Jahren habe bestimmen wollen, worauf er ärgerlich erwidert, „wie kannst du dir herausnehmen, das zu bestimmen? du könntest viel Geld verdienen, wenn du das vermöchtest." Es schwebe dem Beklagten dunkel so vor, als habe Kläger darauf noch wieder behauptet, Beklagter würde noch 10 Jahre leben, und als wenn Beklagter ihm nun entgegnet: „wenn du das bestimmen könntest, so wollte ich wohl 1000 ℛ ausgeben." So viel sei vollkommen gewiß, daß, was auch immer zwischen dem Kläger und dem Beklagten gesprochen sein möge, von dem Beklagten dem Kläger kein Schenkungsversprechen ertheilt worden sei, wie denn auch Kläger, obwohl er

ein naher Verwandter des Beklagten und vielen Umgang mit ihm gepflogen, doch vor Ablauf der 10 Jahre nie ein Wort über das angebliche Schenkungsversprechen geäußert habe.

Eventuell opponire Beklagter die Einrede, daß das Schenkungsversprechen im Spaß ertheilt worden. Für den eventuellen Fall nämlich, daß der Kläger das Fundament seiner Klage zu beweisen im Stande wäre, wolle Beklagter behauptet haben und demnächst zu erweisen versuchen, daß das eingeklagte Schenkungsversprechen nicht im Ernste, sondern nur im Spaße von ihm ertheilt worden sei. Anders als im Spaße werde Beklagter nie im Stande gewesen sein, solches Versprechen zu ertheilen, zumal dem Kläger, welchem er, durch ihr nahes Verwandtschaftsverhältniß widerwillig bestimmt, manches große Vermögensopfer gebracht hätte. Er bitte daher um Abweisung der Klage, ref. exp.

Nach stattgehabter Verhandlung hat das Plöner Landgericht unterm 16. October v. J. erkannt:

> daß Beklagter mit seiner Einrede des im Spaß gegebenen Schenkungsversprechens abzuweisen; könnte und würde übrigens der Kläger binnen Ordnungsfrist, unter Vorbehalt des Gegenbeweises und der Eide, rechtlicher Art nach erweisen:
>
> > daß Beklagter ihm im Juni 1844 Tausend Thaler [illegible] Courant unter der Bedingung versprochen habe, daß der Beklagte noch 10 Jahre leben werde, sowie daß dieses Schenkungsversprechen von dem Kläger acceptirt worden sei,
>
> so würde in der Hauptsache und der Kosten wegen weiter ergehen, was Rechtens.*)

Gegen dies Erkenntniß hat Beklagter das Rechtsmittel der Appellation interponirt, dasselbe tempestive prosequirt und seine Beschwerde darin gesetzt:

> daß erkannt, wie geschehen, und nicht vielmehr dem Beklagten freigegeben worden, alsdann, wenn Kläger seinen Beweis werde geführt haben, die Einrede, „daß das behauptete Schenkungsversprechen im Spaß ertheilt worden", wie Rechtens zu beweisen; oder wie anders nach dem Ermessen des Obergerichts diese Einrede zum Beweise zu fassen wäre.

Es steht sonach zur Frage:

> ob die aufgestellte Beschwerde für begründet zu erachten?

In Erwägung nun, daß der Beklagte, indem er den von ihm in Abrede gestellten klägerischen Behauptungen eventuell die Einrede des Scherzes entgegengesetzt hat, ohne dieselbe thatsächlich näher zu begründen oder auch nur im Allgemeinen die Behauptung aufzustellen, daß seine Absicht äußerlich erkennbar hervorgetreten sei, dabei augenscheinlich von der Voraussetzung ausgegangen ist, daß rechtlich ein bindendes Versprechen auch dann nicht existent geworden, wenn das acceptirte Schenkungsversprechen in einer den animus donandi äußerlich manifestirenden Form ertheilt, die innere Willensrichtung aber mit der äußern Handlung nicht übereinstimmend gewesen;

in Erwägung, daß jedoch, eben weil selbstverständlich alle Rechtsordnung mit Nothwendigkeit auf der Zuverlässigkeit der äußern Zeichen beruht, wodurch allein Menschen mit Menschen in eine lebendige Wechselwirkung treten können, ein Widerspruch zwischen dem innern Willen und der in die äußere Erscheinung getretenen Erklärung desselben rechtlich überall nur insofern Berücksichtigung finden darf, als er äußerlich erkennbar wird und also unabhängig bleibt von dem bloßen Gedanken des Handelnden;*)

in Erwägung, daß daher auch das judicium a quo im vorliegenden Fall die eventuelle Einrede des Scherzes nicht in der Weise, wie jetzt vom Appellanten beantragt wird, bei der Beweisauflage hat berücksichtigen dürfen, weil damit auch selbst eine heimliche, durchaus nicht erkennbar gewordene, mit der äußern Handlung im Widerspruch stehende Absicht des Handelnden zum Gegenstand eines die Klage elidirenden Einredenbeweises gemacht worden wäre, wie denn im Uebrigen auch das abgesprochene Erkenntniß dem Appellanten keine Veranlassung zur Beschwerde hat geben können, da es ihm den Gegenbeweis vorbehalten und es ihm selbstfolglich unbenommen bleibt, den Gegenbeweis auf solche Thatsachen zu richten, aus denen erhellen würde, daß wegen eines äußerlich erkennbar gewordenen Mangels der Uebereinstimmung des Willens mit der äußern Handlung ein Schenkungsversprechen rechtlich überall nicht existent geworden,

---

*) Die diesem Erkenntnisse vorangestellten Entscheidungsgründe lauten folgendermaaßen:

In Erwägung, daß die der Klage zum Grunde gelegten Facta von dem Beklagten in Abrede gestellt, also vom Kläger zu erweisen sind;

in Betracht, daß die Einrede, daß das behauptete Schenkungsversprechen im Spaß ertheilt worden sei, nicht auf eine bestimmte Thatsache gegründet ist, die zum Beweise verstellt werden könnte, welches um so mehr erforderlich, als die der Klage zum Grunde liegenden Behauptungen auf solche Facta gegründet sind, welche dieser Einrede geradezu widersprechen, die Einrede mithin unbegründet ist.

*) Savigny's System des heutigen Röm. Rechts, Bd. III. S. 258.

wird nach auf eingelegte Recesse und Unterinstanz-acten stattgehabter mündlicher Verhandlung hiemittelst von Obergerichtswegen, in Erwägung vorstehender Gründe, für Recht erkannt:

daß die **sententia a qua pure** zu confirmiren und **ad exequendum** zu remittiren, Appellant auch schuldig sei, dem Appellaten die durch die Appellation verursachten Kosten, deren Designation und Moderation vorbehältlich, innerhalb Ordnungsfrist zu erstatten.

Wie denn solchergestalt hiedurch erkannt wird

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. **Publicatum** im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 10. April 1855.

Criminalfälle.

Todtschlag.

(Fortsetzung.)

Es kann nach den referirten Geständnissen des Inculpaten und dem übereinstimmenden ärztlichen Gutachten, wenn auch das bei der Section und der Ausstellung des Gutachtens beobachtete Verfahren wegen Nichtbeachtung verschiedener Vorschriften der Verordnung vom 11. Februar 1854, betreffend die Vornahme gerichtlicher und staatsärztlicher Geschäfte, zu manchen Ausstellungen Veranlassung giebt, doch die Thatsache keinem Zweifel unterliegen, daß seine Ehefrau von seiner Hand, und zwar durch Erdrosselung, ihren Tod gefunden hat; um aber die Frage nach der Absicht des Inculpaten bei seiner Handlung erörtern zu können, wird zunächst auf sein früheres Leben und namentlich auf das Verhältniß, worin er zu seiner Ehefrau gestanden hat, zurückzugehen sein.

Der Inculpat Claus Hinrich Möller ist am 17. März 1817 in dem Lübschen Stiftsdorfe Pölitz bei Oldesloe geboren, der Sohn eines dortigen Arbeitsmannes; seine Aeltern sind nicht mehr am Leben. Zeugnisse aus seiner Schulzeit sind nicht zu erlangen gewesen, doch liegt kein Tadel gegen sein Betragen an seinem Geburtsorte vor. Nach seiner 1832 geschehenen Confirmation ist Inculpat noch ein Jahr im älterlichen Hause geblieben und hat sich als Tagelöhner ernährt, hat dann während 3½ Jahre auf drei verschiedenen Stellen in Oldesloe gedient. In seinem ersten Dienstverhältniß bei dem Postmeister Schythe hat er sich einer geringen, jedoch ihm verziehenen Veruntreuung schuldig gemacht, auch ist er in einem späteren Dienst nicht frei von dem Verdacht geblieben, ein Brieffelleisen, welches er zu befördern hatte, geöffnet und Geld daraus entwandt zu haben; im Uebrigen wird ihm das Zeugniß ertheilt, daß er sich gut aufgeführt habe, dienstfertig und flink gewesen sei. Sodann hat Inculpat theils als Tagelöhner gearbeitet, theils in Hamburg gedient, ist hier wegen Hausdiebstahls in Untersuchung gewesen und mit dreimonatlicher Detention im Strafarbeitshause und Gebietsverweisung bestraft worden. Bald nach Abbüßung dieser Strafe ist er im Jahre 1840 zum Militair ausgehoben und dem 2. Dragonerregiment zugetheilt worden; er ist hier Militairbedienter eines Lieutenants v. Beck gewesen, in dessen Dienst er auch während einer zeitweiligen Permittirung verblieben ist. Nach seiner im Herbst 1843 erfolgten Entlassung vom Militair hat er sich nach Altona begeben und hier seitdem mit kurzen Unterbrechungen an verschiedenen Stellen, bei dem Gensd'armerielieutenant v. Gulstad, den Kaufleuten Gehrt und Claren, dem Buchhändler Lesser und dem Advocaten Stoppel gedient. Nachdem er den Dienst bei Letztgenanntem verlassen, hat er das Pantoffelmachen erlernt und dasselbe seit der Zeit betrieben. Während seines Militairdienstes sowohl, wie in den späteren Dienstverhältnissen ist das Betragen des Inculpaten untadelhaft gewesen, namentlich erscheint stets seine Treue als völlig erprobt. Der Advocat Stoppel erklärt, nie einen Hausknecht gehabt zu haben, welcher dem Möller an Sorgsamkeit, Ordnungsliebe und Interesse für ihn auch nur annähernd gleichgekommen wäre, so daß er ihm auch große Summen anvertraut hat; ein ähnliches Zeugniß wird ihm von dem Buchhändler Lesser ertheilt. Was das Temperament des Inculpaten betrifft, so werden allerdings einzelne Fälle von Heftigkeit desselben bezeugt. Das Dienstmädchen Althausen, welches 2½ Jahre mit dem Inculpaten zusammen gedient hat, auch eine Zeit lang mit ihm verlobt gewesen ist, giebt an, daß er gefällig und angenehm im Umgang, aber sehr heftig gewesen sei, mit einem Wort habe man ihn aufregen können, in seiner Heftigkeit habe er nicht bloß gescholten, sondern auch mit Schlägen gedroht, sei dann aber in demselben Augenblick wieder ruhig geworden. Der Advocat Stoppel will gehört haben, daß der Inculpat wohl gegen Mitdiensten augenblicklich heftig geworden wäre, der Grund davon sei aber stets eine Pflichtvergessenheit der letzteren gewesen. Die Ehefrau Warmboldt, welche mit dem Inculpaten zusammen bei dem Kaufmann Gehrt gedient, hat ihn, jedoch nur dies einzige Mal, in Aufregung gerathen sehen, weil der Sohn seines Dienstherrn ihm Vorwürfe gemacht, die er nicht verdient zu haben geglaubt hat; er ist darüber sehr heftig geworden, so daß sie sich entfernt hat, um nicht ferner Zeugin zu sein. Jedenfalls aber

sind diese Ausbrüche von Heftigkeit nur selten bei dem Inculpaten vorgekommen. Der Cigarrenmacher Stahl in Ottensen, welcher ihn seit neun Jahren kennt und häufig mit ihm verkehrt, hat ihn nie in Aufregung und Heftigkeit gesehen, er nennt ihn einen streng rechtlichen und respectablen Mann, welcher gegen Jedermann freundlich und mit Allem zufrieden gewesen, daher auch von allen seinen Bekannten gerne gesehen worden sei. Aehnlich lautet das Zeugniß anderer Bekannten. Dagegen wird dem Inculpaten, und zwar mit Recht, sein Leichtsinn im Verhältniß zu Frauenzimmern vorgeworfen.

Während er bei dem Buchhändler Lesser in Dienst gestanden hat, ist er mit dem dort gleichzeitig dienenden Dienstmädchen Anna Precht verlobt gewesen, hat auch der Heirath wegen diesen Dienst aufgegeben. Die Sache hat sich aber zerschlagen, weil den Verwandten der Braut die frühere Bestrafung des Inculpaten zur Kunde gekommen ist. Während seines folgenden Dienstes bei dem Advocaten Stoppel hat Inculpat sich mit der Johanna Althausen verlobt, diese hat ihm aber das Verhältniß nach etwa dreivierteljähriger Dauer desselben aufgekündigt, weil sie erfahren, daß er hinter andern Mädchen hergelaufen sei. Damals hat er schon mit seiner späteren Ehefrau in Verhältnissen gestanden, sich mit ihr auch Ostern 1852 verlobt, nichts desto weniger aber im folgenden Winter mit einer gewissen Margaretha Bornholdt in ein Eheverlöbniß, welches auch zu fleischlichem Umgang führte, sich eingelassen. Dies zwiefache Verlöbniß hat bis kurz vor seiner Verheirathung fortgedauert, indem er beide Mädchen in Täuschung zu halten wußte. Er mochte, wie er sagt, die Bornholdt lieber leiden, als seine Frau, würde sie auch vorgezogen haben, wenn sie die nöthigen Geldmittel zur Verheirathung hätte herbeischaffen können; da dies nicht der Fall war, blieb er bei seiner älteren Braut. Er ließ aber die Bornholdt bis zum letzten Augenblick in der Täuschung, weil er die Absicht hatte, noch vor seiner Verheirathung mit ihr nach Amerika zu gehen, um sich dem andern Verhältniß zu entziehen, er bemühte sich aber vergeblich, die dazu nöthigen Mittel sich zu verschaffen. Erst als die Bornholdt in den Zeitungen sein Aufgebot mit seiner Ehefrau gelesen hatte, erklärte er ihr, daß er sein Verlöbniß mit ihr aufheben müßte, da sie beide nichts hätten, wobei er in Thränen ausbrechend ihr betheuerte, daß ihm dies sehr leid thäte, da er sie weit lieber hätte, als seine künftige Ehefrau.

Inculpat verheirathete sich mit der letztern, nachdem er das Bürgerrecht erworben und die Kellerwohnung des Pumpenmachers Ewers gemiethet hatte, am 20. Novbr. 1853. Seine Frau, Margaretha Dorothea, eine geborne Nordmann, gebürtig aus Averlack in Süderdithmarschen, 36 Jahre alt, diente damals bei dem Kaufmann Stehn in Altona, welcher sich in Betreff ihrer dahin ausspricht, daß sie ihre Pflichten im Ganzen zu ihrer Zufriedenheit ausgeführt und es auch nicht habe vertragen können, wenn ihr einmal über dies oder jenes etwas gesagt worden wäre; er will sich bei der Nachricht von ihrer Verlobung darüber gewundert haben, daß das ruhige Mädchen sich mit dem ihm im Verhältniß zu Frauenzimmern als leichtsinnig bekannten Menschen eingelassen hätte. Die Ehe des Inculpaten ward, wie nach dem Vorangegangenen zu erwarten, keine glückliche. Er erklärt selbst, der Zwiespalt, in welchen er dadurch gerathen sei, daß er seine Frau gegen seine Neigung ihrer Geldmittel wegen geheirathet, während er die Bornholdt in seinem Herzen vorgezogen hätte, habe auf sein eheliches Verhältniß nachtheilig eingewirkt; er habe seiner Frau die Achtung nicht versagen können, aber sie nicht geliebt. Er leugne nicht, eine unglückliche Ehe mit ihr geführt und häufig daran gedacht zu haben, sich von ihr zu trennen und allein nach Amerika zu gehen. Seine Frau, die schon als Braut eifersüchtig gewesen, hat nach seiner Erzählung ihn nach der Verheirathung in einem solchen Grade mit ihrer Eifersucht gequält, daß es kaum zum Aushalten gewesen sei. Dadurch sind sehr bald Zerwürfnisse eingetreten, welche indessen früher nie zu Thätlichkeiten geführt haben, wenn auch Inculpat seine Frau mehrere Male mit Schlägen bedroht hat. Außerdem haben nach des Inculpaten Behauptung auch Nahrungssorgen auf das eheliche Verhältniß nachtheilig eingewirkt, indem sein Geschäft nicht so viel abgeworfen hat, wie zur Bestreitung der Lebensbedürfnisse erforderlich gewesen ist. Die Frau ist häufig still und in sich gekehrt gewesen, hat, wenn er nach dem Grund davon gefragt, nicht selten zu weinen angefangen, ihm jedoch eine Auskunft über die Veranlassung ihres Mißmuthes nicht ertheilt. Von Temperament ist sie nach seiner Schilderung heftig gewesen, so daß sie oft bei dem geringsten Anlaß ihren Unwillen geäußert, insonderheit ein von ihm im Scherz gesprochenes Wort verkehrt aufgefaßt hat und darüber böse geworden ist. Ihre Heftigkeit hat sich jedoch, sobald sie ihrem Unmuthe Luft gemacht, bald wieder gelegt, insonderheit wenn sie bemerkt hat, daß er darüber böse geworden. Sie hat bei solchen Gelegenheiten ihm in der Regel sein liederliches Leben vorgeworfen, entweder ausdrücklich oder andeutungsweise, dann auch wohl hinzugesetzt, sie würde doch nicht lange mehr leben und könne er dann ja machen, was er wolle. Häufig ist auch von der einen oder andern Seite geäußert worden, daß es besser gewesen sei, wenn sie aus einander geblieben wären. Dabei ist aber von Scheidung oder freiwilliger Trennung nie die Rede gewesen. In den letzten 4 Wochen hat sich nach des Inculpaten Behauptung das eheliche Verhältniß etwas besser gestaltet, es sind keine Zerwürfnisse vorgefallen, woraus er die

Hoffnung geschöpft haben will, daß seine Ehe mit der Zeit noch eine glückliche werden könnte.

Diese Schilderung des Inculpaten findet auch in Zeugenaussagen ihre Bestätigung. Freilich haben viele der abgehörten Zeugen die Ehe für eine glückliche gehalten, selbst eine Schwägerin des Inculpaten, Catharina Nordmann, und seine Schwester, die Ehefrau Küchenmeister, urtheilen so; aber dies kann nicht auffallen, wenn man berücksichtigt, daß nach der eigenen Angabe des Inculpaten während der Anwesenheit von Verwandten und Bekannten nie eine Uneinigkeit vorgefallen, seine Frau stets freundlich gegen die Besuchenden gewesen ist. Auch ist Inculpat seinem Hauswirth als ein ruhiger und ordentlicher Miethsmann erschienen, und es hat dieser noch 14 Tage vor dem Tode der Möller gegen seine Frau seine Freude darüber ausgedrückt, daß sie so ruhige Leute im Keller hätten, woraus zu entnehmen ist, daß es in der That, wie Inculpat angiebt, zwischen ihm und seiner Ehefrau früher nicht zu lauten Scenen und Thätlichkeiten gekommen ist. Andere Zeugen aber, welche tiefer blickten oder mehr Gelegenheit zum Beobachten hatten, haben das wahre Verhältniß erkannt. So hat der schon erwähnte Cigarrenmacher Stahl, welcher viel mit dem Inculpaten verkehrte, bemerkt, daß er mit seiner Frau nicht zufrieden und glücklich lebe, indem er stets darüber geklagt, daß er verheirathet sei und schon gleich nach seiner Verheirathung ihn der Schritt gereut habe; Inculpat hat gegen ihn geäußert, daß er Alles hingeben und noch viel schuldig sein wolle, wenn er sich nur nicht verheirathet hätte, wobei er sonst keinen Grund angeführt, als daß seine Frau ihm immer in seinen Plänen zuwider wäre; auch hat er häufig geklagt, daß er nicht fortkommen könne. Eine Ehefrau Mühlenbrock erinnert, eine ähnliche Aeußerung des Inculpaten gehört zu haben, die sie indessen nicht als eine ernstliche betrachtet hat. Der Leistenmacher Otte hat sich von den Eheleuten Möller zurückgezogen, da es ihm so vorgekommen ist, als wenn sie mit einander sich nicht glücklich fühlten, namentlich Möller seine Frau nicht leiden möchte. Besonders aber ist die Aussage der auf St. Pauli verheiratheten Schwester der inculpatischen Ehefrau, der Ehefrau Pingel, in Betracht zu ziehen. Diese hat Anfangs ihre Schwester, bei welcher sie die ersten Tage nach der Hochzeit zugebracht, für glücklich gehalten; letztere hat sich auch in diesem Sinne gegen sie ausgesprochen und namentlich bemerkt, daß sie einen guten Mann bekommen hätte. Aber schon im Frühjahr nach der Hochzeit hat sie eine Aenderung bemerkt, ihre Schwester ist häufig still und in sich gekehrt gewesen, hat nicht selten geweint, wenn sie zu ihr gekommen ist. Sie hat sich ihr aber nie offenbart, obgleich die Zeugin sie häufig nach dem Grunde ihres Kummers gefragt und ihr auch sonst Gelegenheit gegeben hat, sich gegen sie auszusprechen. Sie hat ihre Schwester in den letzten 14 Tagen vor ihrem Tode fast täglich gesehen und gesprochen. Dieselbe ist ihr aber gedrückter vorgekommen, als früher, hat anscheinend etwas auf dem Herzen gehabt, was sie drückte, sich aber nicht gegen sie ausgesprochen. Zwei Tage vor ihrem Tode ist die Ehefrau des Inculpaten bei ihrer Schwester des Abends gewesen, während Inculpat nach Hamburg gegangen ist, um Pantoffeln auszubringen. Als die Rede auf Letzteren gekommen und die Ehefrau Pingel bemerkt hat, daß es besser wäre, wenn er bei seiner Arbeit bliebe, ist ihre Schwester stille geworden, hat ihr Gesicht abgewendet, aber nichts erwidert. Im Uebrigen ist sie an dem Tage heiterer gewesen, als gewöhnlich.

Es scheinen hienach namentlich auch die pecuniairen Verhältnisse das eheliche Verhältniß des Inculpaten gestört zu haben; wie dieselben aber beschaffen waren, ist nicht mit völliger Sicherheit zu ermitteln gewesen. Der Inculpat selbst hatte bei seiner Verheirathung seinen Verdienst zum größten Theile verbraucht; von den Ersparnissen seiner Braut aber konnten die Kosten der häuslichen Einrichtung und der Erwerbung des Bürgerrechts bestritten werden und es blieb noch eine Summe baaren Geldes übrig, nach des Inculpaten Behauptung 40—50 ℞ v. Cour., welche seine Frau in ihrer Commode, zu der sie den Schlüssel fortwährend bei sich trug, aufbewahrte. Dagegen wollen die beiden Schwestern der letzteren, die Ehefrau Pingel und Catharina Nordmann, aus ihrem Munde gehört haben, daß jene Summe 300 oder 200 ℞ betragen habe. Dieser Widerspruch ist nicht aufzuklären gewesen; jedenfalls aber hat der Inculpat schon Ostern 1854 von der Ehefrau Pingel 50 ℞ v. Cour. geliehen, diese freilich zurückbezahlt, aber schon im April f. J. von einem Dienstknecht Steen zur Deckung der Miethe 30 ℞ v. Cour. sich vorstrecken lassen, welche er ihm schuldig geblieben ist, und wie schon erwähnt, hat die Ehefrau des Inculpaten kurz vor ihrem Tode gegen ihre Schwester über die Geldverlegenheit ihres Mannes geklagt. Wie der rüstige, in kinderloser Ehe lebende Mann sich mit seinem Geschäft, wie er dies selbst angiebt, nicht habe ernähren können, ist auffallend, da nicht nachgewiesen ist, daß er seinen Verdienst in irgend einer Weise vergeudet habe; doch weisen mehrere Zeugenaussagen darauf hin, daß er seit dem Frühjahr 1854 angefangen hat, sein Geschäft zu vernachlässigen, was er selbst zwar nicht zugeben will.

Wichtiger aber, als diese pecuniairen Verhältnisse, welche allerdings eine Quelle des ehelichen Unfriedens werden konnten, ist das Verhältniß des Inculpaten zu seiner früheren Braut, der Näherin Margaretha Bornholdt. Inculpat hat zwar, wie von Beiden behauptet wird, nach seiner Verheirathung keinen fleischlichen Umgang mit ihr gepflogen, seine Neigung zu

ihr aber hat fortgedauert. Schon bald nach seiner Hochzeit hat er, wie sie erzählt, sich gegen sie dahin geäußert, daß er sich unglücklich fühle und daß es ihn gereue, die Nordmann geheirathet zu haben, weil er sie nicht liebte; später, wenn das Gespräch auf diesen Gegenstand gekommen, hat er ausgesprochen, daß es gewiß noch mal anders werden würde und dabei auf einen frühen Tod seiner Frau, sowie darauf, daß er dann sie, die Bornholdt, wieder heirathen würde, hingedeutet, worauf die letztere ihm dann erwidert haben will, daß er ruhig abwarten solle, bis es dem lieben Gott gefiele, eine Aenderung in seinem Verhältnisse eintreten zu lassen, daß sie gewiß nicht für ihn bestimmt gewesen wäre. Mehrere Monate vor dem Tode seiner Frau hat Inculpat gegen sie davon gesprochen, daß dieselbe kränkelte, daß sie einen Schaden im Leibe hätte, und auf die Entgegnung, daß sie wohl schwanger wäre, bemerkt, daß dies nie der Fall werden würde. Auf nähere Nachfrage, was seiner Frau denn eigentlich fehle, hat er geäußert, das möchte er nicht sagen. Wenige Tage vor dem Tode seiner Frau hat Inculpat der Bornholdt, wie sie erzählt, auf ihre Nachfrage nach dem Befinden seiner Frau, da sie von einem angeblichen Krankheitsanfall derselben etwas gehört hatte, erwidert: es ginge bald mit seiner Frau zu Ende, sie litte häufig an inneren Schmerzen, welche ihr solche Beklemmungen verursachten, daß sie fast ersticke; sie würde daran gewiß mal sterben. Auf die Entgegnung der Bornholdt, daß sie seine Frau noch kürzlich am Fenster sitzend und anscheinend ganz wohl gesehen hätte, behauptete Inculpat, daß dem nicht so sein könnte, da seine Frau zu Bette läge. Er hat bei diesen Mittheilungen über den Zustand seiner Frau keine Traurigkeit geäußert, dieses Mal auch nichts von seiner demnächstigen Wiederverheirathung mit der Zeugin gesagt. Bei früheren Besuchen aber hat er den Erzählungen über die Krankheit seiner Frau hinzugefügt: „siehst du, daß es noch mal anders wird?" und ist bei der Erwiderung, daß er das noch gar nicht sagen könne, darüber böse geworden, daß die Bornholdt es nicht glauben wolle. Letztere will den Inculpaten wiederholt aufgefordert haben, einen Arzt zu Rathe zu ziehen, von ihm aber immer zur Antwort erhalten haben, daß seine Frau das nicht wolle.

In naher Beziehung zu den von der Bornholdt erzählten Aeußerungen des Inculpaten über den Gesundheitszustand seiner Ehefrau steht ein Umstand, dessen die Ehefrau Pingel in ihrer Aussage erwähnt. Diese hielt sich im Sommer 1854 bei ihrem Vater in Averlack auf, als ein Brief des Inculpaten, datirt vom 30. Juli, dort eintraf, worin dieser schrieb: seine Frau sei nicht gut, „der liebe Gott wird Alles zum Besten wenden, der Mensch denkt, aber Gott lenkt; wir wollen mit Gottes Hülfe das Beste hoffen." Dieser Brief versetzte sie in eine große Unruhe, deren Gründe ihr freilich nicht klar bewußt waren, und veranlaßte sie zur Beschleunigung ihrer Rückreise. Sie will nicht sowohl an eine bedeutende Erkrankung ihrer Schwester, als daran gedacht haben, daß Möller sie verlasse und nach Amerika gehen könnte, da sie gewußt hat, daß das Geld derselben verbraucht wäre. Als sie nun gerade 14 Tage vor dem Tode der Letzteren zurückgekehrt ist, hat sie diese ganz wohl gefunden, auch von ihr gehört, daß sie während ihrer Abwesenheit immer munter gewesen wäre und ihr nichts gefehlt hätte. Sie hat daher, um ihre Schwester, deren Stimmung ihr gedrückter noch, als früher, vorgekommen ist, nicht zu betrüben, von dem Inhalt des Briefes nichts gegen sie erwähnt, nur einmal beiläufig geäußert: „Laß deinen Mann doch nicht so komische Briefe an Vater und Mutter schreiben, die alten Leute beunruhigen sich darüber." Mit dem Inculpaten selbst hat sie dagegen über den Brief gar nicht gesprochen, sie will sich dies öfter vorgenommen, aber keine Gelegenheit dazu gefunden haben. Sie meint auch, daß demselben ihre Rückkehr nicht recht gewesen sei, daß er sie gemieden und sich in seinem Betragen gegen sie geändert habe, sie will auch, als er das letzte Mal, einige Tage nach ihrer Rückkehr, in ihrer Wohnung gewesen, bei seinem Anblick eine ihr unerklärliche Angst empfunden haben, so daß sie gezittert und sich hätte niedersetzen müssen, woron übrigens dem Inculpaten nichts aufgefallen ist.

Der Vorfall mit jenem Briefe, sowie das Verhältniß des Inculpaten zu der Bornholdt, haben natürlich zu wiederholten desfälligen Vorhaltungen an ihn die Veranlassung gegeben. Er hat behauptet, daß seine Frau vom Mai 1854 an wiederholt über heftige Leibschmerzen geklagt habe, womit ein starker Durchfall verbunden gewesen wäre. Sie hat sich nach seiner Angabe sonst mit gewissen Tropfen von einem Destillateur Petersen curirt, am Dienstag vor dem Tage, an welchem er den Brief an seine Schwiegerältern geschrieben, aber spät Abends die Schmerzen so heftig bekommen und so häufig aufstehen müssen, daß Inculpat ihr auf Verlangen Camillenthee gekocht hat, worauf sich das Uebel gelegt und auch nicht wieder später sich eingestellt hat. Inculpat erklärt, selbst besorgt zu haben, daß seine Frau, wenn sie einen solchen Anfall wieder bekäme, daran sterben könnte; er will indessen mit einem Arzt keine Rücksprache genommen haben, weil seine Frau ihm auf das Bestimmteste erklärt habe, daß sie nicht an die Kunst der Aerzte glaubte und auf keinen Fall etwas einnehmen würde, was von ihnen verschrieben wäre; auch hat er mit den Schwestern seiner Frau oder seiner eigenen Schwester über das angebliche Unwohlsein seiner Frau nicht gesprochen. Seine Schwiegerältern, behauptet Inculpat, habe er mit dem vorgedachten Briefe davon in Kenntniß setzen wollen, daß seine Frau so

elend gewesen wäre. Was ihr gefehlt hätte, habe er nicht dabei geschrieben, weil er seine Schwiegerältern nicht habe ängstlich machen wollen, indem er gewußt habe, daß die nächste Nachbarin derselben im vorhergegangenen Sommer an einem ähnlichen Zufall gestorben wäre; er habe die Weise, wie er geschrieben, für weniger Besorgniß erregend gehalten, als wenn er ihnen mitgetheilt, daß seine Frau einen choleraähnlichen Anfall gehabt und überstanden hätte. Inculpat räumt ein, daß es seine Absicht gewesen sei, seine Schwiegerältern auf ein plötzliches Ende seiner Frau, welches er bei einer Wiederkehr des Anfalls für möglich gehalten habe, vorzubereiten und erklärt auch auf desfälligen Vorhalt, jetzt wohl einzusehen, daß er durch seine dunklen Andeutungen bei denselben größere Besorgniß habe hervorrufen müssen, als wenn er ihnen den Hergang der Sache ohne Rückhalt geschrieben, damals habe er solches aber nicht geglaubt.

Inculpat behauptet übrigens, daß seine Frau schon seit dem Winter häufig an Schmerzen im Leibe und Durchfall gelitten habe, daß sie mehrere Male im folgenden Sommer 1854 in bedenklicher Weise plötzlich erkrankt sei, auch kurz vor dem Eintritt ihrer Perioden über heftige Schmerzen im Unterleibe geklagt habe. Fast alle Zeugen aber, welche über diesen Punkt vernommen worden sind, wissen von einer solchen Kränklichkeit der inculpatischen Ehefrau nichts; ihre beiden Schwestern haben nie derartige Klagen von ihr gehört, die Ehefrau Stehn, bei welcher sie vor ihrer Verheirathung gedient hat, bezeugt, daß sie sehr kräftig und stets gesund gewesen sei; die Ehefrau Olde, bei welcher sie namentlich im vorigen Sommer häufig gearbeitet, daß sie bei ihr stets schwere Arbeit gethan habe und ihres Wissens nie durch Krankheit oder Unwohlsein verhindert worden sei. Das Einzige, was für das Gegentheil vorliegt, ist, daß der Federhändler Holm, bei welchem Inculpat im Vorsommer 1854 einige Wochen in Arbeit gestanden hat, erinnert, daß derselbe eines Tages ausgeblieben sei und sich mit Erkrankung seiner Frau entschuldigt hätte, was auch von dem Dienstmädchen dieses Zeugen bestätigt wird, daß ferner die Nichte des Inculpaten, die Hebamme Bernitt, angegeben hat, daß seine Ehefrau, welche sie übrigens ihres kräftigen, gesunden Ansehens wegen für gesund gehalten, einige Male in ihrer Gegenwart geäußert habe, daß sie eine große Müdigkeit in den Beinen hätte und immer schlafen könnte. Die letztgenannte Zeugin ergiebt auch, daß zwischen ihnen mehrere Male die Rede auf Schwangerschaft gekommen sei, wobei die Möller geäußert habe, daß sie nicht schwanger wäre, es auch nicht werden würde, ohne jedoch einen Grund für letzteres anzugeben.

Inculpat hat ferner eingeräumt, mit der Bornholdt, wie diese angegeben, wiederholt über Kränklichkeit seiner Frau gesprochen zu haben. Es ist, wie er unumwunden ausspricht, seine Absicht gewesen, die B., wenn er Wittwer werden sollte, zu heirathen, er hat sie deshalb hinzuhalten gesucht und den Zustand seiner Frau schlimmer gemacht, als solcher im Allgemeinen gewesen wäre. Er hat namentlich gegen sie eines Schadens, welchen seine Frau im Leibe hätte, erwähnt, in dieser Beziehung ist von ihm bemerkt: er habe seiner Frau wegen eines Fehlers an ihren Geschlechtstheilen nicht beiwohnen können, weshalb er gewußt habe, daß sie nicht schwanger werden würde. Er habe nun freilich nicht geglaubt, daß jener Fehler einen frühen Tod seiner Frau nach sich ziehen würde, aber um die Bornholdt hinzuhalten, von dem Kränkeln gesprochen, und um hierfür etwas anzuführen, des Schadens gedacht. Als er später von einem leicht möglichen plötzlichen Tode seiner Frau gesprochen, habe er den choleraähnlichen Zufall, welcher sie betroffen, im Auge gehabt, indem er wirklich der Meinung gewesen sei, daß sie leicht, wenn sie etwas ähnliches wiederbekäme, damit aufgehen könnte. Inculpat deponirt ferner, daß er auch nach seiner Verheirathung noch jezuweilen mit der Bornholdt darüber gesprochen habe, mit ihr noch einmal nach Amerika zu gehen, in der letzten Zeit sei aber nicht mehr die Rede davon gewesen, weil sie ihm erklärt habe, daß sie keine Lust mehr dazu hätte. Die Bornholdt sucht freilich die Sache so darzustellen, als ob nur, während sie mit dem Inculpaten verlobt gewesen, von Auswanderung zwischen ihnen gesprochen worden sei. Inculpat will aber, der Weigerung der Bornholdt ungeachtet, den Gedanken, nach Amerika zu gehen, nicht aufgegeben haben; um ihn auszuführen, habe er in der Lotterie gespielt. Seine Frau hat, wie er erzählt, ihm wiederholt zu erkennen gegeben, daß sie auf keinen Fall mit ihm auswandern würde. Mit Rücksicht hierauf hat er beschlossen, sie hier zurückzulassen, und entweder die Bornholdt, wenn diese sich dazu bestimmen lassen sollte, mitzunehmen, oder allein wegzugehen. Er behauptet indessen, daß es nicht seine Absicht gewesen sei, seine Frau heimlich zu verlassen, vielmehr habe er, wenn er in den Besitz der erforderlichen Geldmittel gelangt sein würde, seiner Frau die Sache vorstellen und ihre Einwilligung erwirken wollen.

Inculpat hat, wie im ganzen Verlauf der Untersuchung, so auch namentlich in den schließlichen Verhören, in welchen eine Vorhaltung der gegen ihn sprechenden Indicien erfolgt ist, die tödtliche Absicht gegen seine Ehefrau geleugnet, daher in Abrede gestellt, sowohl, daß er vor der That mit Mordgedanken sich beschäftigt habe, wenn er auch nicht verkennen könne, daß verschiedene Umstände ihn verdächtigten, wie auch, daß bei der That eine derartige Absicht ihn geleitet habe. Er behauptet, daß er die Kellerthür zugemacht habe, um den voraussichtlich entstehenden Lärm auf den Keller zu beschränken; es sei damals

aber nicht seine Absicht gewesen, noch ferner thätlich gegen seine Frau zu werden, und wenn sie nicht, nachdem sie sich wieder erhoben, gegen ihn angekommen wäre, so würde von seiner Seite nichts weiter gegen sie unternommen sein. Als aber seine Frau, ungeachtet er sie durch Bedrohung mit dem Leisten habe abschrecken wollen, auf ihn zugesprungen wäre, ihn am Hemdsquarder gefaßt, für einen Lump geschimpft und ihm vorgeworfen hätte, daß er nichts gehabt und sie ihn durch ihr Geld zu einem Manne gemacht, sei er, nachdem er gleich Anfangs schon durch ihren vom Zaun gebrochenen Vorwurf, daß er das für Leder nicht verausgabte Geld wohl zu seiner Hurerei verwenden wolle, in Zorn gesetzt und seine Aufregung durch das fernere Schimpfen seiner Frau noch gesteigert worden, in Wuth gerathen, habe in dieser sie von sich gestoßen, mit dem Leisten geschlagen, zu Boden geworfen und das Weitere gegen sie vollführt. Daß er das kleine seidene Tuch, welches sie um den Hals getragen, mit erfaßt habe, sei sein Unglück gewesen, da er mit der Schürze allein sie gewiß nicht erwürgt haben würde. Erst als sie regungslos geworden wäre und keinen Laut mehr von sich gegeben, habe er seine Besinnung wieder erlangt. Von dem ersten Schläge mit dem Leisten bis zu dem vorbemerkten Zeitpunkt sei er seiner selbst nicht mächtig gewesen und habe sich weder um die Thür noch überhaupt darum bekümmert, ob Jemand ihn sähe oder nicht. Erst später sei ihm der Gedanke entstanden, daß er überrascht werden könne und habe er deshalb wiederholt nach der Thür hingesehen.

Der erste Stoß, den Inculpat seiner Frau versetzt habe, sei nicht mit der Kraftanstrengung ausgeführt worden, daß sie, wenn sie nicht auf dem von dem kurz zuvor stattgehabten Scheuern schlüpfrigen Fußboden ausgeglitten wäre, davon hätte fallen können; später, als er in Wuth gerathen wäre, habe er wohl seine ganze Kraft angewandt, wodurch der unglückliche Ausfall herbeigeführt sein werde. Denn er sei bei wiederholtem Nachdenken zu der Ueberzeugung gelangt, daß er die Dauer des Hergangs bei früheren Vernehmungen viel zu lange angegeben habe; eben weil er seine Kraft nicht gemäßigt hätte, sei die Sache schnell vorbei gewesen.

Auch nach vollbrachter That, behauptet Inculpat, habe die Reue über das, was er gethan, ihm jede ruhige Ueberlegung geraubt, und wenn sein Streben, die Spuren der That zu vertilgen, damit in Widerspruch zu stehen scheine, so glaube er, daß nicht ruhige Ueberlegung und die Absicht, sich den Folgen der That zu entziehen, ihn dabei geleitet hätte, vielmehr sei es geschehen, weil er selber den Anblick der Blutspuren nicht habe ertragen können. Es sei aber auch möglich, daß ihm dabei das Verlangen, Andern den Anblick zu entziehen, vorgeschwebt habe; jedenfalls sei es in fast willenslosem Zustande geschehen.

Aufgefordert, es anzugeben, was er sich denn bei dem gegen seine Frau beobachteten Verfahren gedacht und wie er damit die Möglichkeit, daß sie am Leben erhalten bleiben könnte, vereinigen zu können geglaubt habe, erklärt Inculpat: er habe freilich in dem Augenblick nicht darüber nachgedacht, welchen Ausgang sein Verfahren nehmen könnte, es sei ihm aber jedenfalls nicht in den Sinn gekommen, daß der Tod seiner Frau die Folge davon sein müßte. Er habe im Ernst nie seine Kräfte mit einem Menschen gemessen und daher keine Ahnung gehabt, wie viel ein Mensch vertragen könnte, habe indessen mehrere Male einer starken Prügelei beigewohnt und gesehen, daß der Eine dem Andern die Kehle zugehalten, ohne daß dieser davon gestorben wäre.

Schließlich bemerkt Inculpat noch im Allgemeinen gegen die Annahme gehegter Mordgedanken, daß ihm mit derselben die Wahl der Zeit für die Ausführung unvereinbar scheine. Wenn es in seiner Absicht gelegen hätte, seiner Frau nach dem Leben zu trachten, so würde jeder andere Zeitpunkt dazu günstiger gewesen sein, als derjenige, den er gewählt haben solle; an Gelegenheit, wenn er um solche verlegen hätte sein können, hätte es ihm ebenfalls nicht gefehlt, endlich würde er für seine Sicherheit gewiß auch gesorgt, jedenfalls Vorbereitungen dazu getroffen haben, welches nicht der Fall gewesen sei. Er verbleibe dabei, daß er den Tod seiner Frau weder vorher, noch bei der gegen sie ausgeführten Thätlichkeit beabsichtigt habe.

(Die Fortsetzung folgt.)

Druckfehler

in der Abhandlung „das Beweismittel des Schiedeseides".

S. 203 Sp. 1 Z. 9 v. o. statt: 1844 lies: 1841.
S. 211 Sp. 1 Z. 8 v. o. statt: S. 312 lies: 342.
S. 217 Sp. 2 Z. 23 v. o. statt: S. 344 lies: 334.
S. 232 Sp. 1 Z. 19 v. u. statt: nur, lies: nun.
S. 244 Sp. 2 Z. 3 v. o. hinter dem Worte: verstehe, ist der Satz einzuschalten: daß er nicht alle in der Rechnung aufgeführten Waaren gekauft habe.
— — — — Z. 22 v. o. statt: worden, lies: werden.
S. 249 Sp. 2 Z. 26 v. u. statt: S. 288 lies: S. 188.

Allerhöchst privilegirte
Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

36. Stück. Den 8. September 1856.

Entscheidungen.

Injuriensachen.

I.

Zur Annahme des animus injuriandi genügt das Bewußtsein, daß die zu einem andern Zwecke vorgenommene Handlung die Ehre einer Person verletzt.

In Supplicationssachen der Johanna Christine Müntzel in Poppenbüttel c. c., Klägerin, jetzt Supplicantin, wider den Maler Möller daselbst, Beklagten, jetzt Supplicaten, wegen Injurien;

ergeben die Acten:

Die jetzige Supplicantin hat wider den Supplicaten bei der Pinneberger Kirchspielvogtei klagend vorgebracht: Der Beklagte, welcher sich mit der Klägerin versprochen, weigere sich nunmehr, die Ehe mit ihr zu vollziehen, und habe ihr nachgeredet, daß sie bereits früher außerehelich niedergekommen sei, wie er denn auch, hierüber zur Rede gestellt, diese verläumderischen Aeußerungen nicht abgeleugnet. Es ist demnach gebeten, den Beklagten schuldig zu erkennen, der Klägerin eine Ehrenerklärung zu geben, unter Verurtheilung desselben in die Kosten.

Excipiendo hat der Beklagte es in Abrede gestellt, in der von der Klägerin behaupteten Weise sich über sie geäußert und ihr Ehrenrühriges nachgeredet zu haben, vielmehr habe er nur gesprächsweise gegen den Verwalter Passow erwähnt, daß, wie das Gerücht gehe, die Klägerin schon einmal außerehelich geboren haben solle.

Nachdem die von der Klägerin denominirten Zeugen mittelst Handschlags zur Aussage der Wahrheit verpflichtet und demnächst vernommen, hat die Kirchspielvogtei unterm 5. October v. J. erkannt:

daß Citantin c. c. mit der erhobenen Injurienklage abzuweisen.

Gegen dieses Erkenntniß hat die Klägerin das Rechtsmittel der Supplication eingewandt, solche rite prosequirt und sich darüber beschwert, daß nicht ihrem Antrage gemäß erkannt sei, und steht nunmehr nach eingezogener Erklärung des Gegentheils zur Frage, ob diese Beschwerde begründet ist.

In Erwägung nun, daß die von der Klägerin producirten drei Zeugen ausgesagt, wie der Beklagte ihnen gesprächsweise und auf Befragen über den Grund des Abbruchs seines bisherigen Verhältnisses zur Klägerin geantwortet, daß es ihm zu Ohren gekommen sei, daß dieselbe bereits ein Kind gehabt; daß nach der Aussage des ersten Zeugen, des Verwalters Passow, der Beklagte dabei hinzugefügt, wie eine Frau, die mit der Klägerin gebadet und es habe sehen können, derselben grade ins Gesicht gesagt, daß sie in Wochen gewesen, und er in Trittau sogar von zwei andern befragt worden sei, wie es mit dem Knaben sei, den Klägerin geboren habe; daß endlich der dritte Zeuge angegeben hat, daß der Beklagte gegen ihn bemerkt, wie er es für gewiß gehört, daß die Sache wahr und das Kind in Altona sein solle;

in Erwägung, daß diese Aeußerungen, deren Wahrheit die eingereichte Gegenerklärung nicht bestreitet, unzweifelhaft als die Ehre der Klägerin verletzend anzusehen sind, und daß, wenn auch der Verwalter Passow bezeugt hat, daß ein solches Gerücht, welches er indessen nicht für wahr halte, bereits früher in Umlauf gewesen, der Beklagte selbst doch nicht versucht hat, die exceptio veritatis vorzuschützen, oder

die Urheber dieses ehrenrührigen Geredes näher zu bezeichnen;

in Erwägung, daß der **animus injuriandi** in diesem Falle klar vorliegt, indem es in dieser Beziehung nicht erforderlich ist, daß der Wille des Handelnden grade auf eine Ehrverletzung als solche gerichtet sei, sondern auch das Bewußtsein, daß die von ihm zu andern Zwecken vorgenommenen Handlungen die Ehre einer Person verletzen, genügt, welches letztere hier offenbar der Fall gewesen ist, indem die Entschuldigung für den Beklagten, welcher das Verhältniß zur Klägerin abgebrochen hatte, grade darin liegen sollte, daß ihre Ehre nicht mehr unbefleckt sei;

in Erwägung, daß der Beklagte die Ehre der Klägerin nicht allein absichtlich, sondern auch durch rechtswidrige Handlungen verletzt, indem er sich nicht darauf beschränkt, die Existenz des Gerüchtes als Grund seines Benehmens anzuführen, dessen Wahrheit aber dahingestellt sein zu lassen, sondern versucht hat, dieses Gerede durch Anführung unterstützender Momente und die Versicherung, daß er es für gewiß gehört, daß es wahr sein solle, möglichst glaubwürdig erscheinen zu lassen, Niemandem aber das Recht zusteht, in dieser Weise die Ehre einer Person anzugreifen;

in Erwägung endlich, daß der Beklagte sich demnach einer Verläumdung schuldig gemacht hat, der Antrag auf Ehrenerklärung durchaus gerechtfertigt erscheint und die erhobene Beschwerde sich daher als begründet darstellt,

wird auf die mittelst Berichts der Pinneberger Kirchspielvogtei vom 20. October v. J. hieselbst eingesandte Supplicationsschrift, nach eingezogener Erklärung des Gegentheils, hiedurch von Obergerichtswegen zum Bescheide ertheilt:

> daß das angefochtene Erkenntniß vom 5. Oct. v. J. dahin zu reformiren, daß der Beklagte schuldig zu erkennen, der Klägerin eine Ehrenerklärung zu leisten und die **in inferiori** erwachsenen Kosten, deren Verzeichnung und Ermäßigung vorbehältlich, zu erstatten. Unter Compensation der Kosten dieser Instanz.

Urkundlich rc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 28. Januar 1856.

II.

Enthält die von einer außerehelich Geschwängerten ausgesprochene Beschuldigung der Schwängerung eine Injurie gegen den angeblichen Stuprator?

In Sachen der Lena Schmidt in Hainholz, Beklagten und Supplicantin, wider den Bahnwärter Timm Dieckmann zu Vormstegen, Kläger und Supplicaten, hauptsächlich wegen Injurien;

ergeben die Acten:

Kläger hat die Beklagte bei der Uetersener Amtsvogtei wegen Injurien belangt und in dieser Beziehung angeführt: Die Beklagte habe ein uneheliches Kind zur Welt gebracht und den Kläger beschuldigt, Vater dieses Kindes zu sein. Obwohl sie ihn als solchen gegen die Hebamme nicht angegeben, so habe sie doch sowohl gegen Andere ausgesprochen, daß er Vater ihres Kindes sei, als auch vor Kurzem ihm einen Brief geschrieben, worin sie gleichfalls diese Beschuldigung gegen ihn ausgesprochen und ihm gedroht, falls er das Kind nicht alimentiren werde, seine Frau von der Sache in Kenntniß setzen zu wollen. Mit Rücksicht hierauf bat Kläger, daß Beklagte schuldig erkannt werde, ihre Beschuldigung zu widerrufen und ihm Ehrenerklärung zu leisten.

Beklagte stellte die Wahrheit der wider sie vorgebrachten Klagebehauptungen nicht in Abrede, berief sich indeß darauf, daß Kläger Vater des von ihr gebornen Kindes sei, indem sie hinzufügte, daß sie dem Kläger die Hand darauf gegeben, ihn nicht als Vater angeben zu wollen, auch vom Kläger einmal einen Preußischen Thaler als Beihülfe zur Alimentation des Kindes erhalten habe.

Nachdem vom Kläger letztere Behauptungen geleugnet worden, hat die Amtsvogtei unterm 21. Decbr. v. J. die Beklagte schuldig erkannt, dem Kläger Widerruf und Ehrenerklärung nach Maaßgabe der erfolgten Clausulirung zu leisten, ref. exp.*)

---

*) Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß Citatin erwiesener und geständiger Maaßen die Beschuldigung über den Citanten ausgesprochen hat, daß er der Vater des von ihr gebornen unehelichen Kindes sei, daß diese Beschuldigung aber eine für den Citanten, zumal da derselbe ein verheiratheter Mann ist, ehrverletzende ist, indem sie die Anschuldigung eines öffentlichen Verbrechens involvirt;

in fernerer Erwägung, daß Citatin die Einrede der Wahrheit vorgeschützt hat, daß dieselbe, welcher in dem Citationsbefehl zum heutigen Termin aufge-

Die Beklagte hat gegen dieses Erkenntniß supplicirt und ihren Supplicationsantrag dahin gerichtet:

daß, unter Beseitigung des angefochtenen Erkenntnisses, Supplicat mit seiner Injurienklage zur Zeit abgewiesen, der Supplicantin jedoch aufgegeben werde, ihre behaupteten Ansprüche innerhalb 4 Wochen beim competenten Gerichte nach vorschriftsmäßigem Versuch der Güte vor der Amtsvogtei anhängig zu machen, unter Aussetzung der Kosten.

Es steht demnach zur Frage: ob die angestellte Injurienklage für fundirt zu erachten ist?

In Erwägung nun, daß zur Begründung einer Injurienklage vor Allem erforderlich ist, daß aus den in derselben vorgebrachten thatsächlichen Umständen die beleidigende Absicht der beklagten Partei hervorgeht, eine derartige Absicht der Supplicantin aber aus dem Umstande, daß sie sowohl gegen Andere, als gegen den Supplicaten selbst, ihn der Vaterschaft des von ihr geborenen Kindes beschuldigt hat, sich deshalb nicht folgern läßt, weil diese Beschuldigung nicht, um unberufen über den Kläger zu urtheilen und seinen sittlichen Werth in den Augen Anderer herabzusetzen, vorgebracht, sondern, wie der an den Supplicaten geschriebene Brief bezeugt, offenbar nur zu dem Zwecke geschehen ist, ihn zur Prästirung der ihr vermeintlich gebührenden Alimentationsbeiträge zu vermögen, letztere aber selbstverständlich durch die dem Supplicaten zur Last gelegte Paternität bedingt sind, und es der Supplicantin rechtlich freisteht, sich vermögensrechtlicher Ansprüche gegen den Supplicaten so lange zu berühmen, bis über den Ungrund derselben rechtskräftig gerichtlich erkannt worden;

in Erwägung, daß mit Rücksicht auf die darnach sich ergebende Grundlosigkeit der angestellten Klage die erkannte Verurtheilung der Supplicantin zum Widerruf und zur Ehrenerklärung als gerechtfertigt nicht erscheint und es lediglich Sache des Supplicaten sein wird, die Supplicantin zur gerichtlichen Geltendmachung ihrer vermeintlichen Alimentationsansprüche zu provociren,

wird auf die vorrubricirte, mittelst Berichts der Uetersener Amtsvogtei sub præs. den 5. Febr. d. J. hieselbst eingegangene Supplicationsvorstellung, nach eingezogener Gegenerklärung, sub præs. den 3. März d. J., von Obergerichtswegen, unter Aufhebung der sententia a qua der Uetersener Klostervogtei vom 21. December v. J., hiemittelst zum Bescheide ertheilt:

daß Supplicat mit seiner Injurienklage abzuweisen.

Urkundlich rc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 3. April 1856.

---

geben ist, ihre etwanigen Zeugen bei Verlust dieses Beweismittels im Termin mitzubringen, oder deren Vorladung zeitig zu veranlassen, weder Zeugen mitgebracht, noch hat vorladen lassen, auch sonstige Beweismittel für ihre Einrede nicht hat beibringen können.

III.

Der Injuriat ist zur Beschwerdeführung in Beziehung auf die öffentliche Bestrafung des Injurianten nicht legitimirt.

Der Inspector Daries hatte den Eingesessenen Baumann in Wandsbeck wegen Verbalinjurien bei dem dortigen Justitiariate belangt und die Verurtheilung des Beklagten zu einer vierwöchigen Gefängnißstrafe, event. zu einer Brüche von 500 ℳ beantragt. Das nach stattgehabter Verhandlung und Vernehmung der Zeugen vom Justitiariate abgesprochene Erkenntniß verurtheilte den Beklagten zu einer Brüche von 30 ℳ, sowie zur Erstattung der Proceßkosten, und Kläger, welcher sich dadurch beschwert erachtete, daß nicht eine schwerere öffentliche Strafe erkannt worden, ergriff dawider das Rechtsmittel der Supplication, erhielt aber nachstehenden Bescheid:

Auf die mit Bericht des Wandsbecker Justitiariats sub præs. den 28. December v. J. hieselbst eingegangene Supplicationsschrift des Inspectors Eduard Daries, zur Zeit in Parchim, Klägers und Supplicanten, wider Ferdinand Baumann, früher auf Hardebeck, jetzt in Wandsbeck, Beklagten und Supplicaten, wegen Injurien,

wird,

in Erwägung, daß der Supplicant sich lediglich darüber beschwert, daß nicht anstatt der erkannten Geldbuße von 30 ℳ eine vierwöchige Gefängnißstrafe, event. eine Brüche von 500 ℳ erkannt worden, daß aber nach anerkannter Praxis der Injuriat zu einer Beschwerdeführung darüber, daß der Beleidiger in keine oder in eine vermeintlich zu geringe öffentliche Strafe verurtheilt worden, überall nicht legitimirt ist;

hierdurch von Obergerichtswegen

ein abschläglicher Bescheid

ertheilt.

Urkundlich rc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 7. Januar 1856.

IV.

Die in Injuriensachen abgesprochenen, auf öffentliche Strafen lautenden Erkenntnisse beschreiten für den Beklagten die Rechtskraft, sofern nicht die für die Supplication vorgeschriebenen Formalien und Fristen beobachtet werden.

In der oben erwähnten Injuriensache war auch vom Beklagten wider das Erkenntniß des Wandsbecker Justitiariats das Rechtsmittel der Supplication interponirt worden. Derselbe hatte jedoch versäumt, die Supplication innerhalb der vierzehntägigen Frist zu prosequiren, und indem er hierauf ein Restitutionsgesuch einreichte, suchte er zugleich nachzuweisen, daß jedenfalls mit Rücksicht auf die erkannte öffentliche Strafe der Rerurs annoch zugelassen werden müsse; ihm ward jedoch in Uebereinstimmung mit den schon in einem früheren Fall*) angenommenen Grundsätzen nachstehender Bescheid ertheilt:

Auf die sub præs. den 29. Januar d. J. hieselbst eingereichte Vorstellung und Bitte des Ferdinand Baumann zu Wandsbeck, Beklagten und Supplicanten, wider den Inspector Eduard Daries, zur Zeit zu Parchim, Kläger und Supplicaten, in puncto injuriarum, jetzt Bitte um Restitution gegen Ablauf der Introductionsfrist, sowie Supplication gegen das Erkenntniß des Wandsbecker Justitiariats vom 5./6. December v. J.,

wird,

in Betracht, daß die erbetene Restitution gegen den Ablauf der Introductionsfrist mit Rücksicht auf die mangelnde Entschuldbarkeit des Versäumnisses nicht zu bewilligen, auf den eventuellen Antrag um Aufhebung der erkannten Brüche aber nicht eingetreten werden kann, da Erkenntnisse, welche in Injuriensachen auf Grundlage des vorgeschriebenen civilprocessualischen Verfahrens abgesprochen werden, auch in so weit sie auf öffentliche Strafen lauten, die Rechtskraft beschreiten, sofern nicht dawider ein Rechtsmittel rechtzeitig interponirt und in der gesetzlich vorgeschriebenen Frist prosequirt wird,

hiermittelst von Obergerichtswegen, unter abschriftlicher Mittheilung der eingezogenen Erklärung des Gegentheils,

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt, Supplicant auch schuldig erkannt, dem Supplicaten die zu 5 ℛ R.-M. bestimmten Kosten der eingezogenen Erklärung innerhalb 4 Wochen zu erstatten.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 27. Juni 1856.

---

*) cf. d. Anz. Jahrg. 1850, S. 343.

Criminalfälle.

Todtschlag.

(Fortsetzung.)

Bei der rechtlichen Beurtheilung der inculpatischen That bedarf weder, wie schon bemerkt ist, der objective Thatbestand, noch auch die Thäterschaft des Inculpaten, sondern nur die Frage nach Existenz und Qualität seiner Dolus der näheren Erörterung. Der Defensor des Inculpaten hat seine That für eine Vergewaltigung nebst culposer Tödtung erklärt, der Altonaer Magistrat für einen Todtschlag.

Es kann bei Betrachtung der That eben nur die factische Darstellung des Hergangs zum Grunde gelegt werden, welche vom Inculpaten in seinen verschiedenen Vernehmungen geliefert ist. Ueber die unmittelbare Veranlassung ergeben die Zeugenaussagen nichts, von der That selbst sind nur entfernte Wahrnehmungen zu den Bewohnern des Ewers'schen Hauses gedrungen. Die Näherin Hagendorf hat die Thür des Kellers, wo Inculpat die That verübte, verschlossen gefunden, was vom Inculpaten selbst eigentlich nicht bestritten worden ist; die Aussagen der Zeugen über die Vorgänge nach der That stimmen, so weit sie reichen, im Wesentlichen mit der Darstellung des Inculpaten überein.

Diese ist in fast allen Verhören sich gleich geblieben, sie enthält ein Leugnen der auf Tödtung gerichteten Absicht neben einer sehr detaillirten Darlegung des äußeren Hergangs der That. Von einem Uebermaaß des Affectes, welcher den Inculpaten fortgerissen habe, ist anfangs gar nicht die Rede, erst in den Schlußverhören, als er durch Vorhaltung von Indicien und eindringliche Fragen zur näheren Aeußerung über Gedanken und Gefühle bei Vollführung der That gedrängt wird, beruft er sich auf einen Zustand der Wuth, welcher ihm die Besinnung geraubt habe. Dieser Zustand soll begonnen haben, bevor er noch seiner Frau die Schläge mit dem Leisten versetzte, soll auf-

gehört haben, als dieselbe lautlos und regungslos vor ihm lag. Wäre Inculpat anfangs mit dieser Behauptung hervorgetreten, hätte er nicht in einer Reihe von vorausgegangenen Verhören seine That bis in das kleinste Detail geschildert, in einer Weise, wie es wohl selten in ähnlichen Fällen geschehen mag: so wäre jene Behauptung vielleicht schwer zu widerlegen; jetzt aber wird sie durch jeden Blick auf die Vernehmungen des Inculpaten widerlegt. Dieser hat genau angegeben, mit welcher Hand er seine auf ihn eindringende Frau zurückgestoßen, wie er den Leisten angefaßt, mit welcher Hand und wo er sodann seine Frau wieder gepackt hat, in welche Lage sie, von ihm niedergestoßen, hingefallen ist, welche Worte von ihm und von ihr während des Kampfes gesprochen sind, wie er sodann über seiner Frau gelegen und ihren Widerstand bewältigt hat, wie es ihm dann gelungen ist, die zusammengedrehte Schürze ihr um den Hals zu bringen, und an welcher Seite des Halses er sie umgedreht hat; alles Wahrnehmungen, die von einem vor Wuth Besinnungslosen doch wahrlich nicht gemacht werden konnten, vielmehr auf eine größere Ruhe zu deuten scheinen, als sie den Umständen nach zu erwarten stand. Es bedarf daher kaum noch der Hinweisung darauf, daß, wenn auch vereinzelte Ausbrüche von Heftigkeit in dem früheren Leben des Inculpaten bemerkt worden sind, doch keine Spur davon vorliegt, daß seine Heftigkeit je bis zum Aeußersten sich gesteigert habe. Dagegen wird man freilich nicht andererseits behaupten wollen, daß Inculpat die That mit völlig kaltem Blute vollführt habe; es erscheint dies psychologisch unmöglich, und schon der Zwist, der Kampf und die zur Ueberwältigung der Frau erforderliche Anstrengung physischer Kraft mußte Aufregung hervorrufen, auch ist es nur mit Rucksicht auf eine vorhandene Aufregung, welche den Gedanken an die Folgen augenblicklich in den Hintergrund treten ließ, erklärlich, daß die That nach Zeit und Ort verübt wurde, wie sie verübt worden ist; es kann aber eben nur von einer Aufregung, einem Affect des Inculpaten bei seinem Handeln, nicht von einer bis zur Besinnungslosigkeit gesteigerten Wuth desselben die Rede sein.

Je weniger aber an einen überwiegenden und überwältigenden Grad des Affectes gedacht werden kann, um so mehr müssen die Zweifel zurücktreten, welche gegen die vorhanden gewesene Absicht der Tödtung von dem Inculpaten und seinem Defensor geltend gemacht worden sind. Inculpat leugnet beharrlich dieselbe, will anfangs nur die Züchtigung seiner Frau, später das Verhindern ihres Geschreis im Auge gehabt haben, es ist dies aber ein bloßes Leugnen, welchem die vollkommene **evidentia facti** entgegen steht. Aus den eigenen Erzählungen des Inculpaten geht hervor, daß er seine Frau, als sie seiner Warnung ungeachtet auf ihn eingedrungen ist, mit dem linken Arm gepackt und mit dem stumpfen Ende seines in der Mitte überfaßten, 9 Zoll langen Leistens von Ellernholz zwei Schläge nach ihrem Kopf geführt, wovon sie den einen mit dem Arme abgewendet, den andern ungeschwächt erhalten hat. Die Schläge scheinen aber mit voller Kraft geführt zu sein; Inculpat äußert selbst, daß, als er in Wuth gerathen wäre, er wohl seine ganze Kraft angewandt habe, und seine angebliche Wuth datirt eben schon von einem Zeitpunkte, wo die Schläge noch nicht versetzt waren. Es geht auch aus dem Obductionsbefunde hervor, daß eine der Kopfverletzungen eine Fissur des Schädels hervorgerufen hat, und es wird der Inculpat sowohl in dem Gutachten des Physicats, wie auch in einem Magistratsbericht als ein ungewöhnlich starker Mann bezeichnet. Schon diese nach dem Kopf, der anerkannter Weise gefährlichsten Stelle des Körpers, mit voller Kraft mit dem stumpfen Ende eines hölzernen Leistens geführten Schläge lassen sich kaum mit der Absicht einer bloßen Züchtigung vereinigen; Inculpat erklärt freilich, nicht sagen zu können, weshalb er sie nach dem Kopf und nicht nach einem andern Theile des Körpers gerichtet habe. Wenn er nun aber weiter, anstatt durch den Anblick seiner blutenden, in den Klageruf: „o Gott, o Gott!" ausbrechenden Frau von weiterer Thätlichkeit abgehalten zu werden, deren es für ihn, den starken Mann, um sich ihrer zu erwehren, doch in der That nicht bedurfte, sie zu Boden warf, sie niederdrückte, ihr die Schürze vor den Mund hielt, dann aber, mit dem Knie oder Ellenbogen sie niederhaltend, die Schürze zusammendrehte, ihr über den Nacken schlug und die Enden derselben, wie das mitergriffene seidene Tuch zusammendrehte, bis die Frau die Augen verdrehte, roth im Gesicht ward, röchelte, dann nach kurzer Weile stille ward: so sind das Handlungen, welche unzweifelhaft nicht ohne tödtliche Absicht geschehen konnten. Wer Mittel anwendet, die mit Nothwendigkeit zu einem bestimmten Erfolge führen, will auch den Erfolg, wenn nicht etwa Unzurechnungsfähigkeit die Zurückführung desselben auf seinen Willen ausschließt. Von einer Unzurechnungsfähigkeit aber kann im vorliegenden Fall nicht die Rede sein und die angewandten Mittel waren entschieden von mörderischer Natur. Dabei kann nichts darauf ankommen, ob die Erdrosselung durch die Schürze oder das seidene Tuch oder durch diese beiden Werkzeuge gleichzeitig geschehen ist. Wenn Inculpat meint, daß das Miterfassen des seidenen Tuchs sein Unglück gewesen sei, indem er mit der Schürze allein seine Frau gewiß nicht erwürgt haben würde, so ist einestheils nicht zu verkennen, daß doch ohne allen Zweifel eine zusammengedrehte leinene Schürze in der Hand eines kräftigen Mannes ein geeignetes Werkzeug für die

Erdrosselung war, und andererseits ändert es in der Sache auch nichts, wenn Inculpat zur Herbeiführung des Erfolgs auch ein Mittel, welches der Zufall ihm in die Hand gab, benutzte. Der Defensor hat dagegen der Concludenz des Schlusses aus der Handlung auf die Absicht des Inculpaten mit der Bemerkung entgegentreten zu können geglaubt, daß der Tod seiner Ehefrau sehr schnell erfolgt und die gewöhnliche Folge des Anfangs einer Erdrosselung, das Hervortreten der Zunge, nicht eingetreten oder wenigstens, weil die Schürze den Mund der Frau bedeckt habe, dem Inculpaten nicht sichtbar geworden sei, daß er überdies von seiner Frau weg fortwährend nach der Thür gesehen habe, aus Furcht, bei seiner Mißhandlung gestört zu werden, so daß er die Veränderungen in ihrem Gesichte bei deren Entstehen nicht habe gewahr werden können. Wie schnell der Tod der inculpatischen Ehefrau erfolgt ist, oder richtiger, wie lange der vom Inculpaten vollzogene Strangulationsact gedauert hat, ist eine Frage, die nicht mit Sicherheit zu beantworten ist. Wenn Inculpat anfangs vor dem Polizeiamt von 10 Minuten, dann vor dem Magistrat von 5 Minuten spricht, so beruht diese Angabe wohl auf einer Täuschung, wie er denn auch späterhin selbst erklärt, daß er in den ersten Verhören die Dauer viel zu lang angegeben; ob er aber, wie er schließlich deponirt, einige Minuten, oder, wie der Defensor aus einer Vergleichung der Depositionen der Ewers'schen Hausgenossen mit den Angaben des Inculpaten deducieren zu können glaubt, ob er nur eine Minute den Hals seiner Frau zusammengepreßt hat, ist eine Frage, auf die, wie gesagt, jede Antwort fehlt. So viel aber wird man in Berücksichtigung des Umstandes, daß die Ehefrau des Inculpaten, welche weder durch die mit dem Leisten erhaltenen Schläge betäubt, noch an dem Gebrauch ihrer Arme oder wenigstens eines Armes behindert war, nicht ohne verzweifelten und schon instinctmäßigen Widerstand die Strangulation geduldet haben wird, behaupten können, daß nicht so in einem Moment und gewissermaaßen zur Ueberraschung des Inculpaten ihrem Leben ein Ende gemacht worden ist. Ob unter den Zeichen der Erdrosselung bei der inculpatischen Ehefrau auch ein Hervortreten ihrer Zunge sich eingestellt hat, muß dahingestellt bleiben, an der Leiche hat dies Kennzeichen sich nicht gefunden, und jedenfalls constirt nicht aus den Acten, daß es vom Inculpaten bemerkt worden, wenn auch nicht recht einzusehen ist, wie, nach der Annahme des Defensors, die zusammengedrehte, um den Nacken und Hals und nicht etwa um das Kinn und den Mund geschlungene Schürze dem Inculpaten den Anblick verwehrt haben soll. Es kommt aber auf diesen schwer zu ermittelnden Umstand nichts an, da unzweideutige sonstige Zeichen der Erdrosselung vom Inculpaten nach seiner eigenen Erzählung bemerkt worden sind. Wenn seine Ehefrau roth im Gesicht ward, die Augen verdrehte und röchelte, so sind das Erscheinungen, über deren Bedeutung man eben so wenig, wie über die des Hervortretens der Zunge, sich täuschen kann. Wenn der Defensor übrigens darauf Gewicht legen will, daß der Inculpat, während er die Strangulation vollzogen, fortwährend nach der Thür geblickt habe, daher die Veränderungen in dem Gesicht seiner Frau nicht habe gewahren können, so ist dagegen einestheils zu erinnern, daß Inculpat nach seiner eigenen Darstellung erst von dem Moment an, als seine Frau regungslos vor ihm lag, wiederholt nach der Thür geblickt, früher aber um die Thür sich gar nicht bekümmert hat, wie denn auch an sich schon kaum anzunehmen wäre, daß Inculpat während des ganzen Vorgangs mehr nach der Thür, als nach seiner Frau, sollte geblickt haben, und anderntheils werden schwerlich die vom Inculpaten bemerkten Erscheinungen so momentan hervorgetreten sein, daß es ihm möglich war, die Todesgefahr zu übersehen, in welche sein Beginnen seine Ehefrau versetzte, dies gilt namentlich von ihrem Röcheln, welches nicht etwa nur von dem Inculpaten, sondern auch von dem auf ihrer Kellertreppe stehenden Ewers'schen Dienstmädchen gehört worden ist, also so stark war, daß es so wenig überhört, wie verkannt werden konnte. Es ist überhaupt falsch, sich die Sache so leicht zu denken, wie vom Defensor zu geschehen scheint. Auch die Frau des Inculpaten war im besten Alter und rüstig, an den Gebrauch ihrer Kräfte durch schwere Arbeit gewöhnt; die Absicht ihres Ehemannes mag ihr auch, als sie die beiden Schläge am Kopf mit dem Leisten erhalten hatte, nahe getreten sein, jedenfalls handelte es sich von dem Moment an um einen Kampf, nicht um einen Ueberfall, der sie unvorbereitet traf und mit Leichtigkeit vollführt werden konnte. Es läßt sich also allen Umständen nach gar nicht behaupten, daß Inculpat mit meistens nach der Kellerthür gewandtem Gesicht und seine Aufmerksamkeit besonders auf diese richtend die Erdrosselung vollzogen habe. Kann dies aber nicht der Fall gewesen sein, so mußten ihm in dem Rothwerden des Gesichts seiner Ehefrau, noch mehr in ihrem Verdrehen der Augen und in ihrem Röcheln aus der zusammengeschnürten Kehle die unzweideutigen, von keinem vernünftigen Menschen zu verkennenden Zeichen des herannahenden Erstickungstodes sich darstellen, und wenn er desungeachtet nicht abließ, bis seine Frau lautlos und regungslos da lag, so hat er unzweifelhaft ihren Tod gewollt und kann jetzt nicht durch das bloße Leugnen der verbrecherischen Absicht seine That in das Gebiet des bloßen culposen Handelns herabziehen. Ob der Tod seiner Frau schon damals, als er von ihr abließ, eingetreten ist oder, wie

Inculpat zu glauben erklärt, erst später, als er sie schon in die Stube geschafft hatte, ist eine Frage, welche nach dem elogium medicum aus dem Befund nicht zu beantworten ist, für wahrscheinlich wird das Erstere erklärt. Für das Resultat ist die Antwort von keiner Bedeutung. Eben so wenig kann es für die verbrecherische Qualität der That darauf ankommen, ob Inculpat nach Vollbringung derselben, wie er angiebt, Reue verspürt und Belebungsversuche gemacht hat. Hoffmann'sche Tropfen scheinen allerdings, wenn auch einige Zweifel über den Zeitpunkt obgewaltet haben, an dem fraglichen Tage von ihm gekauft zu sein, wie dies besonders daraus zu entnehmen ist, daß er bei ihrem Ankauf von Krämpfen seiner Frau gesprochen haben soll; ob sie angewandt sind, ist zweifelhaft, aber nicht gerade deshalb zu verneinen, weil an der Leiche keine Spuren davon bemerkt worden sind, da jedenfalls, als die Wittwe Bernitt zuerst im Keller erschien, schon geraume Zeit nach der angeblichen Anwendung der Tropfen verflossen war, auch die Möglichkeit vorliegt, daß sie in dem dunklen Alkoven auf das Bett oder an die Erde geschüttet worden sind. Sind sie aber wirklich benutzt worden, so läßt füglich sich annehmen, daß dies nicht so sehr zum Zweck der Wiederbelebung, über deren Unmöglichkeit der Inculpat schon nach seiner eigenen Erzählung damals schwerlich sich täuschen konnte, als in der Absicht geschehen sei, der von ihm ersonnenen und schon der Näherin Hagendorf gegenüber angewandten Ausrede, daß seine Frau an Krämpfen gestorben sei, eine gewisse äußere Stütze zu geben. Auch das vorgenommene Waschen derselben konnte eben so wohl die Beseitigung des Bluts an ihrem Gesicht, wie ihr Zurückrufen zur Besinnung zum Zweck haben, wie Inculpat überhaupt mit einer für die Umstände auffallenden Sorgfalt bemüht gewesen ist, die Spuren des Verbrechens zu beseitigen.

So einfach hingestellt erscheint freilich die That des Inculpaten noch als räthselhaft, wenn auch die vorhandene evidentia facti den Zweifel an seiner verbrecherischen Absicht zurückweist. Man fragt, wie denn ein, wenn auch zu Thätlichkeiten gesteigerter Streit mit seiner Ehefrau, hervorgerufen durch einen schon öfter ihm gemachten, zwar bei damaliger Gelegenheit ungerechten Vorwurf den Inculpaten zu ihrer Tödtung habe führen können.

Die Frage beantwortet sich aber, wenn man auf das ganze Verhältniß zu seiner Ehefrau und auf einige frühere Vorgänge zurückblickt.

Inculpat hat sich ohne Zweifel schon früher mit verbrecherischen Gedanken gegen das Leben seiner Ehefrau getragen. Seine Ehe mit ihr war eine unglückliche, eingegangen nicht blos ohne Neigung, sondern gegen eine bestehende andere Neigung. Er hätte noch bis zum letzten Momente die Bornholdt vorgezogen, wenn seine Vermögensverhältnisse es ihm erlaubt hätten; daher spielte er noch bis zum letzten Momente ein doppeltes Spiel, seine beiden Bräute in Täuschung erhaltend. Dies Schwanken zwischen Neigung und Berechnung erklärt er selbst für das Unglück seines Lebens. Er heirathete dann seine Frau in einer reinen Vernunftpartie. Sie erfüllte nach seiner eigenen Schilderung ihre Pflichten gegen ihn, wenn sie ihn auch mit einer, nach den früheren Vorgängen freilich nicht ungerechtfertigten Eifersucht gequält haben mag. Er erklärt auch, daß er seine Achtung ihr nicht habe versagen können; daß dies aber nur eine Redensart war, erhellt daraus, daß auch nach seiner Heirath das Verhältniß zu der Bornholdt fortdauerte, wenn auch ein fernerer fleischlicher Umgang mit derselben von ihm und ihr in Abrede gestellt, daher unerwiesen ist. Dazu kam aber noch ein anderes Moment von gewiß nicht geringer Bedeutung: dem Inculpaten war der geschlechtliche Umgang mit seiner Frau aus körperlichen Gründen, die bei ihr obwalteten, unmöglich. Nicht blos er selbst erwähnt dieses Umstandes, wenn auch nur beiläufig und ohne daraus Folgerungen zu ziehen, die indessen von selbst sich ergeben, sondern auch die Frau selbst hat gegen die Hebamme Bernitt sich dahin ausgesprochen, daß sie niemals schwanger werden würde; die Thatsache selbst ist also nicht zu bezweifeln. Es traten ferner pecuniaire Rücksichten hinzu, das Verhältniß noch unleidlicher zu machen. Das Geld der Frau, welches den Inculpaten besonders zur Heirath mit ihr bewogen hatte, war jedenfalls zum größten Theile verbraucht; er war bereits zur Contrahirung von Anleihen genöthigt, scheint auch sein Geschäft nicht, wie zum Fortkommen erforderlich war, betrieben zu haben. Daß bei dem Zusammenwirken aller dieser Momente die Ehe des Inculpaten eine unglückliche war, ist erklärlich und läßt sich nur in Abrede stellen, wenn man auf die Aussagen der Zeugen, welche nur die Außenseite ins Auge faßten, ein übergroßes Gewicht legt und es übersieht, daß die Ehefrau des Inculpaten, wie dies auch die eigene Schilderung ihres Mannes bestätigt, ihren Verwandten und Bekannten meistens eine heitere Miene zu zeigen pflegte. Daß es zu heftigen Scenen unter den Eheleuten früher nicht gekommen ist, relevirt nicht; es räumt indessen der Inculpat auch ein, daß er seiner Frau schon mehrmals mit Schlägen gedroht habe. Seiner Behauptung, daß das Verhältniß in der letzten Zeit sich gebessert habe, widerspricht die Aussage seiner Schwägerin, welcher die Schwester gerade in der letzten Zeit sehr gedrückt erschienen ist, jedenfalls

lagen die Gründe, welche die Ehe zu einer unglücklichen machten, zu tief, als daß eine leichte Beseitigung denkbar gewesen wäre.

Der Gedanke nun, daß der Tod seiner Ehefrau ihn aus seinem unglücklichen Verhältniß erlösen, ihm zugleich die Freiheit geben werde, seiner ursprünglichen Neigung zu folgen, hat gewiß den Inculpaten beschäftigt. Darauf weisen die Andeutungen hin, welche er in seinen Gesprächen mit der Bornholdt, in seinem Brief an die Schwiegerältern über ein mögliches plötzliches Ende seiner Ehefrau gegeben hat. Diese Andeutungen müssen verdächtig erscheinen, weil es ihnen an aller wirklichen Grundlage fehlt. Denn es hat durch die Untersuchung nicht ermittelt werden können, daß die inculpatische Ehefrau an einem Uebel gelitten hat, welches ein baldiges und plötzliches Ende erwarten ließe. Sie erscheint nach allen Aussagen als eine stets gesunde, rüstige Frau, welche nicht blos ihrem eigenen Hauswesen vorsteht, sondern auch für Lohn die schwereren häuslichen Arbeiten verrichtet, sie hat nie, selbst gegen ihre Schwestern nicht, über Kränklichkeit Klage geführt; sie ist nie, so viel aus den Acten constirt, ärztlich behandelt worden, als vor 14 oder 15 Jahren im Hamburger Krankenhause, hat später nicht medicinirt, sondern etwa nur einige gewiß ziemlich gleichgültige Tropfen von einem Destillateur Petersen gebraucht. So wenig aber, wie eine schon von dem vorhergehenden Winter datirende Kränklichkeit der inculpatischen Ehefrau, eben so wenig hat der cholera-ähnliche Anfall constatirt werden können, von welchem sie, seiner Behauptung nach, gegen Ende Juli 1854 befallen worden ist. Wenn man auch zu Gunsten des Inculpaten alles mögliche Gewicht darauf legen will, daß er einmal in jenem Sommer sein Ausbleiben bei dem Federhändler Holm mit einem plötzlichen Erkranken seiner Ehefrau entschuldigt hat, obschon die Zeitangabe des Holm'schen Dienstmädchens und des Inculpaten nicht genügend übereinstimmen, so spricht doch der Umstand, daß gegen sonst Niemanden von dem Anfall die Rede gewesen, daß keine ärztliche Hülfe hinzugezogen worden ist, mit Entschiedenheit gegen ihn. Wäre aber auch seine ganze Angabe wahr, so ersieht man auch nicht, wie ein glücklich überstandener derartiger Anfall zu einer Zeit, wo nach einer Bemerkung in dem Magistratsbericht die Cholerafälle in Altona zu den Seltenheiten gehörten, den Inculpaten veranlassen und berechtigen konnte, den Tod seiner Ehefrau in nächster Zeit zu erwarten. Wenn er desungeachtet gegen die Bornholdt von demselben als einem Ereigniß, welches bald eintreten könne, sprach, dabei zum Theil auf einen Umstand, den Fehler seiner Frau an ihren Geschlechtstheilen, hindeutete, welcher nach seiner eigenen Ueberzeugung ohne alle Gefährlichkeit war, wenn er ferner seine Schwiegerältern in geheimnißvollen Ausdrücken auf einen plötzlichen Tod ihrer Tochter vorzubereiten suchte, so deutet dies alles entschieden auf verbrecherische Gedanken hin. Es lag in seinem Interesse, die Bornholdt hinzuhalten, um, wenn der Tod seiner Ehefrau einträte, sie zur Auswanderung mit ihm nach Amerika bereitwillig zu finden; hatte er doch schon, während seine Frau noch lebte, eingeräumtermaaßen mit ihr von solcher Auswanderung gesprochen, daran gedacht, sie nach Amerika mitzunehmen, wobei man freilich nicht einsieht, wie er dies ohne heimliche Verlassung seiner Frau hat bewerkstelligen wollen, da seine Angabe, daß er ihr die Sache vorstellen und ihre Einwilligung hat erwirken wollen, doch zu unglaubwürdig klingt. Der Brief an seine Schwiegerältern aber hatte zwar nicht, wie man dem Defensor darin beipflichten kann, *die Bedeutung*, ihn, wenn der Tod seiner Frau eingetreten wäre, gegen ihre Nachforschungen sicher zu stellen, welche in der That von den alten und entfernten Leuten überall nicht und jedenfalls weniger, als von den anwesenden Schwestern seiner Ehefrau, zu besorgen waren, wohl aber mußte dem Inculpaten daran liegen, sich für den Fall des herbeigeführten Todes der Frau einen gewissen Beweis für die Behauptung einer natürlichen Ursache desselben zu sichern, und zu diesem Behuf mochte eben die unbestimmte Fassung des Briefes als geeignet sich darstellen.

(Der Beschluß folgt.)

Allerhöchst privilegirte
Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

37. Stück. Den 15. September 1856.

Entscheidungen.

Criminalfälle.

Todtschlag.

(Beschluß.)

Wie weit nun die verbrecherischen Gedanken des Inculpaten gediehen sind, ob sie überhaupt zu einem bestimmten Entschluß sich gestaltet haben, ist eine Frage, welche, da kein Blick in seine Seele gestattet ist, ohne Antwort bleiben muß. Daß aber jedenfalls die That, wie sie vorliegt, nicht in Folge eines prämeditirten Entschlusses vollführt ist, wird man mit Sicherheit annehmen dürfen. Gegen die Annahme der Prämeditation spricht zunächst die ganze Persönlichkeit des Inculpaten. Seine früheren Jahre sind nicht frei von dem Vorwurfe und zum Theil Verdacht begangener Veruntreuungen, die erlittene Strafe scheint aber in dem Maaße auf ihn gewirkt zu haben, daß er von einem späteren Dienstherrn sogar für einen grundehrlichen Menschen erklärt wird. Sonstiger Tadel trifft ihn nicht, aber das Verhältniß zu seinen verschiedenen Bräuten bekundet Leichtsinn, Egoismus und daneben eine beträchtliche Charakterschwäche, da er sich weder entschließen konnte, seiner wirklichen Neigung pecuniaire Vortheile zu opfern, noch auch später, seiner Pflicht folgend, der Neigung zu entsagen. Sein fortwährendes Schwanken bis zum letzten Moment charakterisirt ihn vollkommen. Von einer besonderen Intensität des verbrecherischen Willens kann bei ihm nicht die Rede sein, und nur mit einer solchen ließe sein Benehmen vor der That sich vereinigen. Niemand hat vor derselben etwas Auffälliges in seinem Wesen bemerkt; denn auf den Umstand, daß die Ehefrau Pingel, als sie den Inculpaten verschiedene Tage vorher zuletzt gesehen hat, eine ihr unerklärliche Angst empfunden haben will, wird man kein Gewicht legen, da auf nervöse Gefühle und Ahnungen ein Criminalbeweis nicht gebaut werden kann. Andere Zeugen haben den Inculpaten aber noch am Tage der That gesehen; der Hausknecht Schulze ist ihm auf der Straße begegnet, hat mit ihm über ein Logis gesprochen, wonach Inculpat sich erkundigt hat, welcher bei dieser Unterredung sich ganz wie gewöhnlich betragen. Dann ist er eine Stunde lang bei dem Schuster Warmboldt gewesen, hat sich hier in ruhiger und unbefangener Weise über gleichgültige Sachen unterhalten, ist dann mit den Worten weggegangen: es wäre auch hohe Zeit, daß er ginge, er solle seiner Frau noch 1 Pfund Mehl für den Mittag mitbringen. Dies unbefangene Benehmen des Inculpaten, der Ankauf des Mehls zu einer Mahlzeit, die nicht mehr gehalten werden sollte, wäre kaum erklärlich bei der Annahme, daß ihm die nahe Ausführung eines Mordgedankens auf der Seele gelegen habe. Noch entscheidender aber spricht gegen die Annahme der Prämeditation Zeit und Ort der That. Mit Recht wird vom Inculpaten selbst und seinem Vertheidiger geltend gemacht, daß Inculpat, wenn er wirklich einen Mordplan hätte vollführen wollen, jegliche andere Gelegenheit hätte wählen können und müssen. Er hat aber die That am hellen Mittage und fast möchte man sagen, vor den Augen der Welt vollbracht, indem das in der Kellerthür befindliche Fenster jedem Vorübergehenden den Einblick gestattete, die Straße aber nicht breit, wegen der meistens niedrigen Häuser mehr als andere beleuchtet ist und viel als Durchgang zwischen dem niedriger und höher belegenen Theil der Stadt benutzt wird: so daß es als ein reiner Zufall erscheint, daß außer den Mitbewohnern des Hauses Niemand das Geschrei gehört

hat, daß kein Vorübergehender Zeuge der That geworden ist. Man kann freilich den Zweifel anregen, ob die That wirklich auf der nach der Straße belegenen Vordiele des Kellers und nicht etwa in der daranstoßenden Kammer verübt worden, in welche allerdings ein Einblick von der Straße aus nicht gestattet ist; auf diesen Zweifel führt namentlich die Aussage des Ewers'schen Dienstmädchens hin, welches bemerkt haben will, daß das Geschrei der inculpatischen Ehefrau aus dieser kleinen Kammer zu ihr gedrungen sei, welche nur durch eine bretterne Wand von der Ewers'schen Küchentreppe, auf welcher die Zeugin, nachdem sie es zuerst in der Küche vernommen hatte, darnach horchte, getrennt ist. Wäre dies wirklich der Fall gewesen, so würde es zwar in der Sache noch wenig verändern, da der Inculpat auch nicht in der Kammer eben mit Rücksicht auf ihre Belegenheit zur Ewers'schen Küche die That ohne sehr nahe liegende Besorgniß vor Entdeckung verüben konnte; das Geschrei seiner Frau und der Lärm des Kampfes mußte auch durch die dünne Bretterwand dringen, und in der Ewers'schen Küche war man präsumtiv gerade um die fragliche Tageszeit, 11 Uhr Vormittags, mit den Zubereitungen zum Mittag beschäftigt. Es scheint aber auch die Behauptung des Mädchens auf einer Täuschung zu beruhen; und ihr Gewicht kann dadurch nicht erhöht werden, daß die eine Tochter des Pumpenmachers Ewers ebenfalls meint, daß das Geschrei aus der Kammer gekommen sei, während die andere anfangs das Geschrei auf der Vordiele des Kellers des Inculpaten gehört haben will, dann davon spricht, daß es von der Kammer nach oben gedrungen sei, dabei aber selbst einräumt, daß sie sich in dieser Wahrnehmung habe täuschen können. Erwägt man nämlich, daß, wie in dem Magistratsberichte bemerkt ist, die Stelle auf der Vordiele des Kellers, wo nach des Inculpaten Angabe die Erdrosselung geschehen, von der Stelle, wo das Ewers'sche Dienstmädchen die Töne gehört haben will, um etwa zwei Schritte weiter, als die durch eine dünne Bretterverkleidung gebildete Kammer entfernt ist, so ist es durchaus unersichtlich, wie die Zeugin mit irgend welcher Sicherheit behaupten kann, daß die Töne aus der Kammer gekommen sind, und daß dies noch mehr von den andern Zeuginnen gilt, welche oberhalb des Kellers das Geschrei hörten, fällt in die Augen. Daß aber kaum der Vorgang in der Kammer stattgehabt haben kann, dafür spricht der Umstand, daß der an sich sehr beschränkte Flächenraum derselben mit Fadenholz ausgefüllt und der noch bleibende Raum mit einem Kofferstuhl und Schmutzeimern besetzt war. Es hat daher auch das Untersuchungsgericht sich entschieden für die Richtigkeit der inculpatischen Angabe erklärt, welche auch mit seiner ganzen übrigen Darstellung in so genauem Zusammenhang steht, daß es kaum einzusehen, wie er von Anfang an eine unwahre Behauptung in diesem einzelnen Punkt sollte beschafft haben.

Daß aber der Inculpat die That, wie sie geschehen, in völliger Rücksichtslosigkeit in Betreff der Folgen und ohne alle Vorbereitungen für seine demnächstige Sicherheit vollführte, erklärt sich nur, wenn man den Gedanken an eine Prämeditation völlig aufgiebt. Der ganze Vorgang entwickelte sich offenbar aus einem Streit, und man mag dem Inculpaten darin Glauben schenken, daß seine Ehefrau durch ihre damalige Aeußerung, welche um so mehr verletzen mußte, je weniger sie gerecht war, den Streit provocirte. Auch fehlt es an aller Berechtigung, dem von dem Inculpaten gelieferten Hergang der weiteren Thätlichkeiten einen andern Hergang zu substituiren; wird auch das Temperament seiner Ehefrau als ruhig geschildert, so ist doch nicht unerklärlich, wenn die zum ersten Mal erlittene Thätlichkeit von Seiten ihres Mannes sie erbitterte und zu einer selbst thätlichen Auflehnung reizte. Im Verlauf des Streites und der Thätlichkeiten aber ist dem Inculpaten der Gedanke der Tödtung gekommen, und daß dieser Gedanke ihm kommen konnte, erklärt sich eben daraus, daß er ihm schon früher nicht ferne gelegen hatte, daß das Verhältniß der beiden Ehegatten bei dem Mangel an aller ehelichen Liebe und dem beiderseitigen Bedauern darüber, daß es überhaupt existirte, schon längst ein unglückliches und gereiztes war, dem ein Ende zu machen dem durch das Benehmen seiner Frau in Zorn gesetzten und daher der Folgen nicht gedenkenden Inculpaten sich eine verführerische Gelegenheit bot. In welchem Moment der verbrecherische Gedanke in ihm aufgestiegen ist, wird freilich, da er nicht mit einem Geständniß hervorgetreten ist, unaufgeklärt bleiben. Möglich ist es, daß es schon der Fall war, als er die Thür des Kellers verschloß, obwohl dies Factum auch die Deutung gestattet, daß es nur geschehen sei, um das Hinzukommen von Zeugen des ehelichen Zwistes zu hindern, möglich ferner, daß er schon in tödtlicher Absicht mit dem Leisten sich bewaffnete, obschon auch angenommen werden kann, daß es nur zur Bedrohung seiner Ehefrau geschehen sei; möglich aber auch endlich, daß er erst den Entschluß der Tödtung gefaßt hat, als durch die vorangegangenen Thätlichkeiten schon der erste Schritt geschehen und die Scheu überwunden war, als seine Frau überwältigt zu seinen Füßen lag. Nur bei dieser Auffassung, wenn man annimmt, daß der Inculpat im Verlauf eines zufällig entstandenen Streits zur Ausführung eines freilich längst schon gefaßten, daher bei der dargebotenen Gelegenheit plötzlich hervorgetretenen verbrecherischen Gedankens im

Affecte fortgeschritten ist, läßt Zeit und Ort der That sich erklären.

Der Inculpat hat sich also eines an seiner Ehefrau verübten Todtschlags schuldig gemacht und dafür als gesetzliche Strafe die Todesstrafe verwirkt.

Für die Frage nach seiner zu beantragenden Begnadigung kam zwar einestheils in Betracht, daß die Persönlichkeit des Inculpaten keine verbrecherische, sein früheres Leben, wenn man von einigen durch Strafe und Besserung erledigten Unrechtfertigkeiten absieht, in rechtlicher Hinsicht untadelhaft gewesen war und seine gegenwärtige That völlig vereinzelt dastand. Andererseits aber kam in Betracht, daß der verübte Todtschlag durch das nahe persönliche Verhältniß zu der Getödteten qualificirt ist, die That wenigstens nahe an Prämeditation streift und nicht in einem übergroßen Grad des Affectes begangen ist.

Das Obercriminalgericht sah sich daher veranlaßt, eine Begnadigung des Inculpaten bis auf lebenswierige Zuchthausstrafe zu beantragen, worauf, nach geschehener Einsendung der Acten an das Königl. Oberappellationsgericht, das nachstehende Rescript erfolgt ist:

Frederik der Siebente &c.

In Untersuchungssachen wider Claus Hinrich Möller aus Pölitz, wegen Todtschlags,

wird dem Holsteinischen Obercriminalgerichte, mit Beziehung auf dessen am 19. Januar d. J. hieselbst eingegangenen Bericht, bei Rücksendung der Untersuchungsacten, hiedurch eröffnet,

daß,

in Erwägung, daß der Inculpat seinem freiwillig und wiederholt abgelegten Geständniß zufolge am Vormittage des 26. August 1854 seine Ehefrau Margaretha Dorothea, geb. Nordmann, während dieselbe mit Vorbereitungen für den Mittag beschäftigt, auf der Vordiele des von ihm bewohnten Kellers gestanden, auf den ihm von ihr gemachten Vorwurf, daß er Geld, welches er zum Behuf eines beabsichtigten Lederankaufs hatte verwenden wollen, wohl für seine Hurerei gebrauchen wolle, zu Boden gestoßen, die Kellerthür geschlossen und einen hölzernen Pantoffelleisten vom Bord genommen, sodann seine mittlerweile aufgesprungene Frau, welche mit den Worten: „Du Schuft, willst mich noch stoßen," ihn am Hemdkragen gefaßt und Miene zum Schlagen gemacht, zurückgestoßen und unter dem Zuruf: „Du willst dich noch wehren, komm nicht wieder, sonst schlage ich dich mit dem Leisten," mit dem entgegen gehaltenen Leisten bedroht hat; daß er darauf, da sie desungeachtet auf ihn zugekommen ist, mit der linken Hand ihren Arm gefaßt und mit dem stumpfen Ende des in der Mitte gefaßten Leistens zwei Schläge nach ihrem Kopfe geführt hat, von welchen sie den ersten mit dem linken Arm abgewehrt, den zweiten aber am Kopfe erhalten hat, daß er nach diesen geführten Schlägen sie zwar losgelassen, als sie aber wieder mit blutendem Gesicht und „o Gott, o Gott" schreiend auf ihn zugekommen ist und ihn am Hemde gefaßt hat, sie hinten beim Kleide gepackt und auf der Vordiele des Kellers niedergeworfen und, als sie mit Schreien fortgefahren, seine am Pfosten der Kammerthür hangende Arbeitsschürze herabgerissen, sich neben seiner Frau auf die Kniee werfend, sie mit der linken Hand niedergedrückt und ihr mit der rechten die Schürze vor den Mund gehalten hat, daß er endlich, als sie diese mit den Händen abgerissen und abermals zu schreien angefangen, indem er gleichzeitig seine Frau mit dem Knie oder dem Ellenbogen niedergehalten, die Schürze zusammengekrellt und über ihren Nacken, da sie in dem Augenblick den Kopf wieder etwas in die Höhe gehoben, geschlagen und die Enden der Schürze mit der rechten Hand zusammenfassend, diese sowohl, wie ein mit erfaßtes seidenes Tuch, welches seine Frau um den Hals getragen, an der linken Seite des Halses umgedreht hat, worauf seine Frau die Augen verdreht hat, roth im Gesicht geworden ist, geröchelt hat und nach kurzer Weile stille geworden ist, dann, wie Inculpat glaubt, nachdem er sie aufgehoben und in die Wohnstube getragen, dort den Geist aufgegeben hat;

in Erwägung, daß, wenn auch die in den §§ 14, 16 und 18 der Verordnung vom 11. Februar 1854, betreffend die Vornahme gerichtlicher und staatsärztlicher Geschäfte, enthaltenen Vorschriften, wornach die Leicheneröffnung von zwei Aerzten vorzunehmen ist, die Ergebnisse der Untersuchung unter fortlaufenden Nummern zu Protocoll dictirt werden sollen, das Protocoll von sämmtlichen Anwesenden und das Gutachten von beiden Aerzten zu unterzeichnen ist, nicht befolgt worden sind, indem die Section nicht von zwei Aerzten, sondern nur von dem Physicus unter Zuziehung eines nicht wissenschaftlich gebildeten Chirurgen als Gehülfen vorgenommen ist, die Ergebnisse der Untersuchung nicht unter fortlaufenden Nummern zu Protocoll dictirt sind, das Protocoll nur von dem Stadtsecretair und das Gutachten nur von dem Physicus unterzeichnet ist, doch dem von dem Physicus erstatteten Gutachten nicht alle Beweiskraft abgesprochen werden kann; daß das Gutachten mit dem Geständnisse des Inculpaten übereinstimmt und überdies das Geständniß in den Aussagen verschiedener Zeugen, insbesondere der beiden Töchter des Pumpenmachers Ewers, seines Dienst-

mädchens Margaretha Meyer und der Näherin Hagendorf, welche alle das aus dem Keller hervorgedrungene Geschrei der Ehefrau des Inculpaten und zum Theil auch ihr Röcheln gehört haben, sowie in den von dem Dr. Bleyer kurz nach der That gemachten Wahrnehmungen seine Unterstützung findet; daß es mithin überall keinem Zweifel unterliegen kann, daß die Ehefrau des Inculpaten von der Hand ihres Mannes durch Erdrosselung ihren Tod gefunden hat;

in Erwägung, daß Inculpat zwar behauptet hat, er habe anfangs nur seine Frau züchtigen und dann ihr Geschrei verhindern wollen, die Absicht der Tödtung beharrlich in Abrede gestellt und sich darauf berufen hat, daß er von dem Augenblicke an, da er seiner Frau den ersten Schlag mit dem Leisten versetzt habe, bis zu dem Augenblicke, da sie lautlos und regungslos vor ihm gelegen, in dem Zustande besinnungsloser Wuth sich befunden habe; daß jedoch diese letztere Behauptung durchaus keinen Glauben verdient, weil Inculpat, wie aus seinen ausführlichen Aussagen hervorgeht, im Stande gewesen ist, alle Vorgänge der That bis in das kleinste Detail zu beobachten, was ihm nicht möglich hätte sein können, wenn ihm die Wuth alle Besinnung geraubt hätte, daß aber, wenn solchemnach eine durch den höchsten Grad des Affectes herbeigeführte Unzurechnungsfähigkeit des Inculpaten nicht angenommen werden kann, sein Leugnen der tödtlichen Absicht nicht in Betracht kommt, da er Handlungen vorgenommen hat, welche, wie er sich nicht verhehlen konnte, mit Nothwendigkeit den Tod seiner Frau zur Folge haben mußten, so daß Inculpat einer absichtlichen Tödtung vollständig überführt ist;

in Erwägung, daß, wenn auch verschiedene Anzeichen auf einen prämeditirten Entschluß hindeuten und es auch wahrscheinlich ist, daß Inculpat sich schon früher mit verbrecherischen, gegen das Leben seiner Ehefrau gerichteten Gedanken beschäftigt hat, dennoch mit Rücksicht auf sein unbefangenes Benehmen unmittelbar vor der That, sowie darauf, daß er keine Vorbereitungen getroffen hat, um die Entdeckung seines Verbrechens zu verhindern, dies vielmehr an einem Orte, zu einer Zeit und in einer Weise ausgeführt hat, daß ein Zweifel über den Urheber desselben nicht füglich entstehen konnte, nicht angenommen werden kann, daß Inculpat in Folge eines prämeditirten Entschlusses die That vollführt hat, sondern angenommen werden muß, daß er in dem Affecte, in welchen der Streit und Kampf mit seiner Ehefrau ihn versetzt hatten, bis zu ihrer Tödtung fortgeschritten ist, daß mithin das von ihm verübte Verbrechen als ein Todtschlag erscheint,

> Claus Hinrich Möller aus Pölitz wegen Todtschlags mit dem Beile vom Leben zum Tode zu bringen und die Kosten der Untersuchung aus seinem Nachlasse, so weit derselbe reicht, zu entnehmen.

Das solchergestalt abzufassende Straferkenntniß ist dem Inculpaten zu publiciren und erst nach geschehener Publication demselben zu eröffnen, daß zufolge Königl. Resolution vom 16. d. M. die wider ihn erkannte Todesstrafe aus Allerhöchster Gnade bis auf eine lebenswierige Zuchthausstrafe gemildert worden.

Hiernach hat das Obercriminalgericht das Erforderliche wahrzunehmen.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Oberappellationsgericht zu Kiel, den 21. Juni 1856.

Allerhöchst privilegirte
Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen ***Henrici*** *und* ***Lucht.***
Gedruckt bei ***Augustin*** *in Glückstadt.*

38. Stück. Den 22. September 1856.

Entscheidungen.

Injuriensachen.

V.

Cumulation der Privatstrafen. — Auch der Beklagte kann sich in Verbalinjuriensachen zur Bewahrheitung seiner Einreden weder der Eidesdelation, noch der Zuschiebung einer eidesstattlichen Versicherung bedienen.

Der Schulvorsteher Schlüter in Immenstedt hatte eine wider den Eingesessenen Sothmann daselbst bei der Süderdithmarsischen Landvogtei erhobene Injurienklage auf die Behauptung gestützt, daß Beklagter ihn bei Gelegenheit des Einkassirens des Schulgeldes in Veranlassung eines ihm vom Kläger in seiner Eigenschaft als Schulvorsteher beigelegten Befehles, sein Holz von einem zum Schulgartenlande bestimmten Grundstück wegzunehmen, mit den Worten angeredet habe, wie er sich unterstehen könne, ihm einen Befehl beizulegen, er und der Bauerschaftsgevollmächtigte Jürgen Suhr sei ein großer Windbeutel, er, Kläger, sei ein großer Grünschnabel, großer Dummschnut, dummer, als sein, des Beklagten, Hund 2c. Der Antrag des Klägers war auf Abbitte, Ehrenerklärung und Privatsatisfaction, sowie Kostenerstattung gerichtet. Beklagter räumte ein, dem Kläger gesagt zu haben, daß er dummer sei, wie des Beklagten Hund, stellte dagegen die übrigen ihm zur Last gelegten Schimpfworte in Abrede und behauptete, daß Kläger ihn „Pupps" und „dummer Junge" genannt. Ueber diese Behauptung deferirte er dem Kläger den Eid und Letzterer acceptirte denselben, worauf, nach Vernehmung der vom Kläger producirten Zeugen, von der Landvogtei erkannt wurde, daß Beklagter schuldig, dem Kläger wegen der demselben zugefügten Injurien Abbitte zu leisten, ferner, binnen 4 Wochen eine Privatsatisfaction von 10 ℛℳ zu zahlen und mit Ausschluß der durch die Zeugenvernehmung verursachten Kosten die übrigen Proceßkosten mit 16 ℛℳ 61 β zu erstatten.

Durch dies Erkenntniß erachtete Beklagter sich beschwert:

1) weil er zur Leistung einer Privatsatisfaction neben der Abbitte verurtheilt;
2) weil er zu einer Privatsatisfaction zum Betrage von 10 ℛℳ schuldig erkannt;
3) weil er zur Bewahrheitung seiner Einrede nicht mit der Eidesdelation oder jedenfalls mit der Zuschiebung einer eidesstattlichen Versicherung zugelassen; und
4) weil nicht die Kosten compensirt worden.

Seine Supplication hatte aber nachstehenden abschlägigen Bescheid zur Folge:

Auf die **sub præs.** den 11. April d. J. hieselbst eingegangene Supplicationsvorstellung in Sachen des Eingesessenen Jürgen Sothmann in Immenstedt, Imploraten, jetzt Supplicanten, wider den p. t. Schulvorsteher Hinrich Schlüter daselbst, Imploranten, jetzt Supplicaten, Verbalinjurien betreffend, jetzt Supplication gegen den in Sachen der Parteien abgegebenen Bescheid der Königl. Süderdithmarscher Landvogtei vom 31. März d. J.,

wird, nach eingezogener Gegenerklärung, **sub præs.** den 2. d. M., unter Bezugnahme auf die dem Be-

scheide des jud. a quo vorangestellten Entscheidungsgründe,*) und

in Erwägung, daß die wegen Injurien statuirten Privatstrafen sowohl nach der Ansicht der bewährtesten Rechtslehrer, als nach constant beobachteter Praxis, cumulativ mit einander concurriren,**) es dem Beklagten auch so wenig freisteht, in Injuriensachen zur Bewahrheitung seiner Einreden sich einer eidesstattlichen Versicherung bei Verlust der Ehre und des guten Leumunds, wie der Eideszuschiebung zu bedienen,***) und zu einer Kostencompensation, da in dem klägerischen Antrage auf eine Privatsatisfaction die gerichtliche Moderation vorbehalten worden, die erkannte Privatsatisfaction aber zu der dem Supplicanten zur Last fallenden Injurie als eine unverhältnißmäßige nicht anzusehen ist, überall kein Grund vorliegt,

dem Supplicanten von Obergerichtswegen hiermittelst

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt, derselbe auch schuldig erkannt, die auf 12 ℔ bestimmten Kosten der abschriftlich angeschlossenen Gegenerklärung innerhalb 4 Wochen ab ins. dem Supplicaten zu erstatten.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 13. Juni 1856.

---

*) Selbige lauten folgendermaaßen:

In Erwägung, daß Beklagter eingeräumt, zum Kläger gesagt zu haben, er wäre dummer, als sein Hund, wenn er den Befehl gegeben, daß Beklagter sein Holz vom Wege wegnehmen solle, und in diesen Worten, da Kläger den fraglichen Befehl abgegeben, eine schwere Beleidigung enthalten ist;

in Erwägung ferner, daß Beklagter dagegen excipirt, daß Kläger ihn auch geschimpft habe, und hierüber behufs Beweises dem Kläger den Eid zugeschoben hat;

in Erwägung ferner, daß der Eid, da es sich in concreto um eine Verbalinjurie handelt, hier als Beweismittel unzulässig ist, der Beklagte mithin seine Einrede, die vom Kläger geleugnet, nicht hat beweisen können, und

in Erwägung endlich, daß der Kläger, nachdem der Beklagte die dem Kläger zugefügte Beleidigung eingeräumt und dieses ihm im Termin auch vorgestellt, dennoch auf die Abhörung der von ihm producirten Zeugen bestanden, durch diese beiden Zeugen aber etwas für diese Sache Relevantes keineswegs bewiesen hat.

**) Schl. H. Anz. 1854, S. 365.

***) Ebendaselbst S. 367.

VI.

Wegen öffentlicher Injurien ist die Untersuchung von demjenigen Gericht zu führen, in deren Jurisdictionsbezirk sie begangen sind.

Der Schreiber Bay in Altona hatte einen an das Reinbecker Amthaus adressirten Brief, welcher Injurien gegen einen Beamten enthielt, in Altona concipirt und dort auf die Post gegeben. Deshalb und weil Bay der Zeit in Altona sein Domicil hatte, glaubte das Reinbecker Amthaus den Altonaer Magistrat als die zur Führung der erforderlichen Untersuchung competente Behörde ansehen zu müssen. Der Magistrat lehnte jedoch die Führung der Untersuchung ab, indem derselbe davon ausging, daß es lediglich darauf ankäme, wo das fragliche Delict zur Perfection gekommen, und das Reinbecker Amthaus wandte sich hierauf an das Obercriminalgericht, welches nach Einziehung des Berichts des Altonaer Magistrats und eines ferneren Berichts des Gerichts für das Amt Reinbeck an letzteres nachstehendes Rescript erließ:

Von Obercriminalgerichtswegen

wird dem Königl. Gerichte für das Amt Reinbeck mit Beziehung auf dessen sub præs. den 14. v. M. hieselbst eingegangenen Bericht, betreffend die wider den Schreiber Bay in Altona wegen öffentlicher Injurien einzuleitende Untersuchung, bei Remittirung der Anlagen des sub præs. den 28. Septbr. v. J. erstatteten Berichts des Königl. Reinbecker Amthauses, hierdurch zu erkennen gegeben:

wie,

in Betracht, daß die Injurien, welche die Einleitung einer Untersuchung erforderlich machen, in einem bei dem Reinbecker Amthause eingegangenen Denunciationsschreiben enthalten sind, daß aber, da es für die Competenzbestimmung nicht in Betracht kommen kann, ob Injurien mündlich oder schriftlich der Behörde vorgetragen worden, es auch für den gegebenen Fall allein entscheidend sein muß, daß die Bestrafung von Handlungen in Frage steht, die bei dem Reinbecker Amthause vorgekommen sind,

das Gericht für das Amt Reinbeck als das competente Gericht anzusehen ist und dasselbe daher nunmehr die erforderlich gewordene Untersuchung anzustellen hat.

Königl. Holsteinisches Obercriminalgericht zu Glückstadt, den 7. Febr. 1856.

Ueber die Bedeutung des späteren Beischlafes mit Andern für den Satisfactionsanspruch einer außer der Ehe Geschwängerten.

In dem in dem 1. Stücke dieses Jahrgangs mitgetheilten Falle hat der Beklagte gegen das dort abgedruckte Erkenntniß an das Königl. Oberappellationsgericht sich gewandt, von welchem die nachstehende Entscheidung abgegeben worden ist:

Frederik der Siebente &c.

In Sachen des Fabrikanten Joseph Friederich Ellenberger in Collau, Beklagten, jetzt Appellanten, wider Maria Christiane Elisabeth Griesing aus Nienborf, d. Z. in Altona, cum cur., Klägerin, jetzt Appellatin, wegen angeblicher Entschädigungs- und Alimentationsansprüche aus Schwängerungen, jetzt Appellation gegen das Erkenntniß der Pinneberger Landdrostei und des Holsteinischen Obergerichts vom 13. Septbr. 1855,

wird, nach verhandelter Sache und unter abschriftlicher Mittheilung der eingezogenen Gegenerklärung,

was die erste Beschwerde betrifft,

mit Beziehung auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen obergerichtlichen Erkenntnisses, sowie

in Erwägung, daß die vorgeschützte Einrede, Klägerin habe ihren Satisfactionsanspruch durch eigenes Verschulden verwirkt, durch die Berufung auf das eigene Anführen der Klägerin, daß sie ein zweites Kind geboren habe, welches nicht auf den Namen des Beklagten getauft sei, weder als erwiesen, noch als fundirt anzusehen, weil in dem Anführen dieses Factums an sich keineswegs das Geständniß eines mit Andern gepflogenen Beischlafs enthalten ist, dasselbe vielmehr mit gleichem Recht die Deutung zuläßt, daß das Kind auf der Klägerin eigenen Namen getauft sei, — daß mithin die erste Beschwerde des Appellanten als unbegründet erscheint;

in Erwägung, daß dem mit der einfachen Satisfactionsklage geltend gemachten Deflorationsanspruche, zufolge practischer Auslegung gesetzlicher Vorschrift, die Berechtigung des Schwängerers gegenübersteht, sich der Entschädigungspflicht entweder durch Geldzahlung oder durch die Heirath der Geschwächten zu entledigen, und daß daher, in Gemäßheit der Natur solcher alternativer Verbindlichkeiten, der ganze Anspruch der Geschwängerten hinfällig wird, wenn letztere ihrem Schwängerer durch ihr Verhalten zu begründeten Einreden gegen die Ehelichung Veranlassung gegeben;

in Erwägung, daß in Ansehung der Thatsachen, aus welchen der Beklagte die Befreiung von der ihm alternativ obliegenden Ehelichungspflicht herzuleiten sucht, als Gegenstand selbstständiger Einreden, den Beklagten die Beweislast trifft;

in Erwägung, daß Beklagter die Behauptung, daß Klägerin sich später anderweitig verlobt und dadurch ihren Anspruch gegen den Beklagten verwirkt habe, überhaupt nicht zur Elidirung des in der Klage wegen des ersten Kindes erhobenen Deflorationsanspruchs, sondern lediglich zur Beseitigung des mit der Klage erfolgten Anspruchs auf Anerkennung und Allmentirung des dritten Kindes, vorgeschützt hat; daß aber die Einrede des von der Klägerin durch ihr späteres Verhalten verwirkten Satisfactionsanspruchs mit genügender Bestimmtheit durch die in der Einredeschrift enthaltene Behauptung fundirt ist, daß sie sich mit einem Andern abgegeben habe, in Folge dessen sie ein zweites uneheliches Kind zur Welt gebracht habe; daß daher von den übrigen Appellationsbeschwerden nur die dritte für theilweise begründet zu erachten;

in Erwägung, daß aus den Acten hervorgeht, daß die Klägerin behauptet hat, am 14. Februar 1852, nicht aber am 14. April, wie im Erkenntniß der Landdrostei angenommen ist, mit dem Beklagten concumbirt zu haben,

hiemit, unter Remittirung dieser Sache an die erste Instanz, für Recht erkannt:

daß das angefochtene, vom Holsteinischen Obergerichte bestätigte Interlocut der Pinneberger Landdrostei vom 11. Januar 1854 dahin abzuändern:

Könnte und würde Klägerin, jetzt Appellatin, unter Vorbehalt des Gegenbeweises und der Eide, rechtlicher Art und Ordnung nach innerhalb 6 Wochen darthun und erweisen:

1) daß Beklagter, jetzt Appellant, ihr zur Zeit vom 8. April 1847 bis zum 183. Tage vor ihrer am 2. Januar 1848 erfolgten Entbindung fleischlich beigewohnt habe; wobei dem Beklagten der Beweis vorzubehalten: daß Klägerin nach der Geburt ihres ersten Kindes mit einem Andern fleischlichen Umgang gepflogen;
2) daß Beklagter ihr am 14. Febr. 1852 fleischlich beigewohnt habe,

so würde nach solchen geführten oder nicht geführten Beweisen weiter ergehen, was den Rechten gemäß.

Die Kosten des Anwalts des Beklagten und Appellanten sind auf 47 ℛ𝓈 64 β, für dessen Procurator auf 5 ℛ𝓈 10 β, die Kosten für den Anwalt der Klägerin und Appellatin auf 10 ℛ𝓈 48 β und für deren Procurator auf 3 ℛ𝓈 74 β bestimmt.

V. R. W.

Urkundlich rc. Gegeben im Königl. Oberappellationsgericht zu Kiel, den 21. Juni 1856.

Die Ehefrau behält den Gerichtsstand ihres Mannes, auch wenn sie von ihm getrennt lebt, so lange die Ehe rechtlich besteht. — Nichtigkeit der dem Wesen der Ehe widerstreitenden Verträge.

In Sachen des Käthners Marx Sievers in Embühren, Imploranten und Supplicanten, wider dessen Ehefrau Anna Elsabe Sievers, geb. Rickers, c. c., in Hohenwestedt, hauptsächlich pro mandato de revertendo, ergeben die Acten:

Nachdem die Ehefrau des Käthners Marx Sievers in Embühren, Anna Elsabe, geb. Rickers, ihren Ehemann verlassen hatte, ist von letzterem beim Propsten ein Termin zur gütlichen Vereinbarung ausgebracht, in Entstehung dieser Vereinbarung indeß Implorant angewiesen worden, gerichtlich Klage zu erheben. Parteien haben darauf unterm 22. Novbr. 1852 einen Vergleich abgeschlossen, demzufolge sie sich verbindlich gemacht haben, von Tisch und Bett bis dahin geschieden zu bleiben, daß entweder auf Klage des einen oder andern Theils die Ehe gänzlich gerichtsseitig aufgehoben oder eine Versöhnung stattfinden würde, und hat Implorant sich zugleich zur Auslieferung gewisser Mobilien an seine Ehefrau, sowie zur Auszahlung einer von ihr in die Ehe gebrachten Summe von 42 ℛ︁ 64 β an ihren Vater verstanden, Implorant hat indeß in der Folge die Auszahlung dieser Summe verweigert und der desfälligen wider ihn von seinem Schwiegervater im Auftrage der Tochter desselben angestellten Klage die Einrede der Ungültigkeit des beregten Vergleichs entgegengesetzt, worauf diese Sache ad ordinarium verwiesen worden ist. Nach diesen Vorgängen hat Implorant unterm 10. Novbr. 1855 bei dem Rendsburger Consistorio ein mandatum de revertendo gegen seine Ehefrau beantragt, und ist durch Consistorialdecret vom 17. Novbr. 1855 der Imploratin aufgegeben worden, innerhalb 4 Wochen zu ihrem Ehemanne zurückzukehren und die Ehe gebührend mit ihm fortzusetzen, event. innerhalb gleicher Frist ihre etwanigen rechtlichen Weigerungsgründe vorzubringen.

Imploratin hat, unter Berufung auf den zwischen den Parteien abgeschlossenen Vergleich, excipirt, daß die vorliegende Sache sich zum Mandatsverfahren nicht eigne, sondern nur zur Klage in ordinario, als wohin sie von dem Propsten in Entstehung gütlicher Vereinbarung verwiesen worden, und hat hierauf das Consistorium durch Bescheid vom 24. December 1855, unter Aufhebung des Mandats vom 17. November f. J., den Imploranten mit seinem Antrage ad ordinarium verwiesen, compens. exp.

Gegen diesen Bescheid hat Implorant supplicirt und seine Beschwerde darin gesetzt:

daß er, unter Aufhebung des Mandats vom 17./19. November 1855, mit seinem Antrage zum ordentlichen Verfahren verwiesen, und nicht vielmehr der Supplicatin zu erkennen gegeben worden, daß sie mit ihrer Gegenvorstellung nicht zu hören, event. daß sie mit ihren Weigerungsgründen abzuweisen, ihr aber verstattet werde, innerhalb einer Präclusionsfrist von 4 bis 6 Wochen eine ordentliche Scheidungsklage wider den Imploranten anzustellen, unter Suspension des Mandats vom 17./19. Nov. v. J. während laufender Frist.

Imploratin hat, unter Beibringung einer Bescheinigung der klösterlichen Vogtei Hohenwestedt, wornach sie seit dem 24. August 1855 bei dem Schlachter Gräpel unter Jurisdiction des Klosters Itzehoe wohnt, die Desertererklärung des zur Hand genommenen Rechtsmittels mit Rücksicht darauf beantragt, daß dasselbe an das Landoberconsistorium zu richten gewesen wäre.

Da indeß selbige während der Dauer der zwischen ihr und ihrem Ehemann bestehenden Ehe gesetzlich ihr forum bei demjenigen Gerichte hat, welchem ihr Ehemann unterworfen ist, so stellt sich der Antrag auf Deserterklärung des Rechtsmittels als völlig grundlos dar, und steht zur Frage, ob die erkannte Verweisung dieser Sache ad forum ordinarium für gerechtfertigt zu erachten sei?

In Erwägung nun, daß der Supplicant unzweifelhaft befugt ist, während der bestehenden Dauer der Ehe mit der Supplicatin und so lange eine Ehescheidungsklage von ihr nicht angestellt worden, die Rückkehr derselben behufs Fortsetzung des ehelichen Lebens zu erzwingen und seinem desfälligen Verlangen der zwischen ihm und seiner Ehefrau abgeschlossene Vergleich, durch welchen beide sich verbindlich gemacht haben, von einander getrennt zu leben, bis ihre Ehe durch richterlichen Spruch geschieden oder eine Versöhnung der Eheleute eintreten werde, nicht entgegensteht, indem derartige, dem Wesen der Ehe widersprechende Vereinbarungen auf rechtliche Gültigkeit keinen Anspruch machen können;

in Erwägung, daß daher bei der Liquidität des implorantischen Antrages zur Aufhebung des abgegebenen Mandats vom 17. November v. J. um so weniger Grund vorgelegen hat, als die polizeiliche Natur der wider den renitirenden Ehegatten zur Fortsetzung des ehelichen Lebens zu verfügenden Maaßregeln mit der langsamen Förmlichkeit des ordentlichen Processganges unvereinbar ist,

wird auf die sub præs. den 21. Jan. d. J. hieselbst eingegangene vorrubricirte Supplicationsvorstellung und Bitte, nach eingezogener Gegenerklärung, sub præs. den 19. Febr. d. J., von Oberconsistorialgerichtswegen, unter Aufhebung des angefochtenen Consistorialdecrets vom 24. Decbr. 1855, hiemittelst zum Bescheide ertheilt:

daß das Mandat vom 17./19. November 1855, Einwendens ungeachtet zu bestätigen, unter Compensation der Kosten.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Oberconsistorium zu Glückstadt, den 26. Mai 1856.

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

39. Stück. Den 29. September 1856.

Entscheidungen.

Die Ehefrau ist der Regel nach an die Curatel ihres Ehemannes gebunden.

Die von ihrem Ehemanne, einem gewissen Lilienthal in Schürdorf, getrennt lebende Ehefrau Lilienthal, geb. Howe, in Grömitz beantragte bei dem Königl. Cismarschen Amthause eine anderweitige Regulirung eines ihr zustehenden Altentheils und ward sowohl von dem Amthause, wie von dem Holsteinischen Obergericht, an welches sie demnächst supplicirte, auf ihren Antrag abschlägig beschieden. Sie wandte sich nun mit einer Extrajudicialberufung an das Königl. Oberappellationsgericht und erhielt hier den nachstehenden Bescheid:

Namens Sr. Königl. Majestät.

Auf die unterm 10. März d. J. hieselbst eingereichte Vorstellung und Bitte der Ehefrau Christine Sophie Lilienthal, geb. Howe, verwittwet gewesenen Ecler, in Grömitz, cum cur. rogato, Supplicantin, betreffend die zu ertheilende obrigkeitliche Erlaubniß zur anderweitigen Regulirung ihres Altentheiles, daher Supplication gegen den Bescheid des Cismarer Amthauses vom 12./13. September v. J., jetzt die Extrajudicialberufung gegen den Bescheid des Holsteinischen Obergerichts vom 28./31. Januar d. J.,

wird,

in Erwägung, daß zufolge der für das Inland bestehenden Rechtsnormen Ehefrauen der Regel nach an die Curatel ihres Ehemannes gebunden sind, daß die Supplicantin, als Ehefrau eines Ausländers, zwar zunächst nach den in dessen Domicile geltenden Rechtsgrundsätzen in Ansehung ihrer Statusverhältnisse zu beurtheilen ist, dieselbe aber so wenig aus den fremden Rechten, als nach hiesigem Rechte, einen Ausnahmefall nachgewiesen hat, und daß diesem Mangel durch die an das Cismarer Amthaus gerichtete Bitte um Beiordnung eines Curators nicht hat abgeholfen werden können, weil das Gericht, in Ermangelung eines gesetzlichen Ausnahmefalles, nicht willkürlich das Recht der ehelichen Curatel beschränken kann, und überdies der Umstand allein, daß die Supplicantin zeitweilig unter Cismarer Gerichtsbarkeit thatsächlich von ihrem Ehemanne getrennt verweilt, dem Cismarer Amthause keine Zuständigkeit hat verschaffen können, in die zur Competenz des Gerichtes für das Domicil des Ehemannes gehörigen güterrechtlichen Verhältnisse der Eheleute zu einander normirend einzugreifen,

welchemnach nicht einmal die Befähigung der Supplicantin zur Vornahme gerichtlicher Schritte mit einem anderen, als ihrem ehelichen Curator, anerkannt werden kann,

hiedurch zum Bescheide ertheilt:

daß diese Sache anhero nicht erwachsen sei.

Urkundlich rc. Gegeben im Königl. Oberappellationsgerichte zu Kiel, den 31. Mai 1856.

Rechtsfall, die Interpretation eines wechselseitigen Testamentes von Eheleuten betreffend.

In Sachen des Marr Friedrich Jungjohann & Cons., als Geschwister und Geschwisterkinder resp. des weil. Hufners Marr Jungjohann und der Wittwe desselben Magdalena Jungjohann, geb. Jvens, Justificanten und Appellanten, wider die Wittwe Magdalena Jungjohann, geb. Jvens, c. c. und den Hufner Johann Gabriel Jvens in Diedrichsdorf, Justificaten, betreffend Justification einer Angabe ad proclama vom 24. August 1853 über den Verkauf der weil. Marr Jungjohann in Diedrichs-

dorf gehörigen Hufe nebst Kathenstelle s. w. d. a., jetzt Appellation gegen das Erkenntniß des Kieler Amthauses vom 30. Juni v. J.,

ergeben die Acten:

Im Jahre 1827 hat der weil. Hufner Marx Jungjohann in Diedrichsdorf mit seiner noch lebenden Ehefrau Magdalena Jungjohann, geb. Ivens, ein wechselseitiges Testament errichtet, in welchem sich die beiden Eheleute zunächst gegenseitig zu Universalerben einsetzen und zwar der Ehemann die Frau etwas abweichend von der Disposition der Letzteren mit folgenden Worten:

Ich, der Ehemann, setze meine Ehefrau zur Universalerbin meines gesammten Nachlasses, er bestehe in beweglichen oder unbeweglichen, sowohl gegenwärtigen als zukünftigen Gütern, nichts überall davon ausgeschieden, dergestalt ein, daß sie meinen Nachlaß nach meinem Ableben zu sich nehmen und damit als mit ihrem sonstigen eigenthümlichen Vermögen sowohl unter Lebendigen als von Todeswegen zu verfügen befugt sein soll.

Auf die gegenseitige Erbseinsetzung lassen die Testatoren dann diejenige Bestimmung folgen, auf welche die Appellanten ihre Ansprüche stützen, und welche folgendermaaßen lautet:

IIItens substituiren wir gegenseitig unsere Verwandten und gesetzlichen Erben, welche sich als die nächsten zeugen lassen werden, als unsere fideicommissarische Universalerben dergestalt, daß nach dem Tode des Längstlebenden von uns unser gesammter Nachlaß verkauft, das daraus Gelöſ'te in zwei gleiche Theile getheilt und

a) die eine Hälfte davon an meine, des Ehemannes, dann noch lebenden Brüder und Schwestern und deren Kinder,

b) die andere Hälfte aber an meine, der Ehefrau, noch lebenden Brüder und Schwestern und deren Kinder den Rechten und Gesetzen gemäß fallen und unter selbige vertheilt werden soll.

Im **§ VI** verordnen ferner die Testatoren, daß, da es ihre Absicht sei, daß der Längstlebende den ganzen Nachlaß ungeschmälert eigenthümlich nutzen und gebrauchen möge, in dessen freien und eigenthümlichen Besitz auch von Niemandem gestört werden solle, nach dem Ableben des zuerst Verstorbenen so wenig eine gerichtliche Versiegelung geschehen, als der zuletzt Lebende ein Inventarium oder eidliches Verzeichniß von dem Nachlaß des zuerst Verstorbenen den fideicommissarischen Erben zu ediren, oder irgend eine Caution zu bestellen schuldig sein solle; sowie daß

§ VII für den Fall, daß Jemand der obengenannten gesetzlichen Erben diesem Testamente zuwiderhandeln sollte, alsdann der oder die ungehorsamen Erben **ipso facto** des ihm oder ihnen dereinst zufallenden Erbantheils verlustig sein und seine oder ihre Erbportionen den gehorsamen Miterben accresciren sollen, und endlich daß sie **§ VIII** sich vorbehielten, bei ihrem beiderseitigen Leben diesen ihren letzten Willen zu erklären, zu verändern oder Zusätze zu machen.

Nachdem hierauf der Ehemann im Jahre 1848 mit Tode abgegangen, hat dessen Ehefrau die auf sie vererbte Hufe desselben nebst einer ihr eigenthümlich gehörigen Kathenstelle im Jahre 1853 an ihren Brudersohn, den jetzigen Mitappellaten, Hufner Johann Gabriel Ivens in Diedrichsdorf, verkauft und beim Kieler Amthause ein Proclam extrahirt, auf welches die Appellanten in ihrer angeblichen Eigenschaft als Geschwister und Geschwisterkinder der Eheleute Jungjohann mit Bezugnahme auf die erwähnten Bestimmungen des Testaments, unter Einlegung eines Protestes gegen die Umschreibung der Immobilien, die ihnen zufolge des Testamentes zustehenden Ansprüche profitirt haben.

Zur Justification dieser Angabe von den Appellaten aufgefordert, haben sie demnächst bei dem Kieler Amthause mit dem Anführen, daß die Wittwe Jungjohann die Hufe nebst Kathenstelle an den mitbeklagten Ivens lediglich gegen Uebernahme der Protocollata eines Altentheils und einer Leibrente verkauft habe, die Umschreibung inzwischen auch vorgenommen sei und Ivens bereits das Inventar von der Hufe entfernt habe, sich auf den Inhalt des in Abschrift von ihnen angelegten Testaments berufen und bemerklich gemacht, wie es aus den Bestimmungen desselben hervorgehe, daß die Eheleute Jungjohann, indem sie sich vertragsmäßig gegenseitig zu Universalerben eingesetzt und gleichzeitig ihre beiderseitigen Geschwister und Geschwisterkinder substituirt, mit Rücksicht auf ihr Gesammtvermögen ein Universalfideicommiß errichtet hätten, welches nach beiderseitigem Ableben an die bezeichneten Blutsverwandten zu restituiren sei, daß mithin

1) die Justificanten ein Erbrecht an dem Fideicommißgesammtvermögen der Eheleute Jungjohann erworben hätten, welches mit dem Tode des Längstlebenden der Ehegatten ihnen restituirt werden solle und daher beim Ableben des Letzteren für sie fällig werde;
2) denselben ebenfalls ein gesetzliches Pfandrecht wegen dieses Fideicommisses zustehe an demjenigen, was die Wittwe Jungjohann, geb. Ivens, von dem Erblasser Marx Jungjohann, als Fiduciar, erhalten habe, mithin im vorliegenden Fall an der von ihrem Ehemann herrührenden Hufenstelle **cum pert.**,
3) die überlebende Wittwe, indem sie durch die mit ihrem Ehemann vertragsmäßig eingegangene letztwillige Disposition als Erbe desselben in die Verbindlichkeit zur demnächstigen Restitution der Fideicommißmasse an die substituirten Erben eingetreten sei, weder befugt sei, letztwillig über diese nach ihrem Tode zu restituirende Fidei-

commißmasse zu verfügen, noch die Gegenstände derselben zu veräußern.

In Uebereinstimmung hiermit hätten denn auch die Erblasser ausdrücklich verfügt:

1) daß erst nach dem Tode des Längstlebenden von ihnen ihr gesammter Nachlaß verkauft und unter die beiderseitigen gesetzlichen Erben als fideicommissarisch substituirte Universalerben zu vertheilen sei, welche letztere auch für ein ordentliches Begräbniß des Fiduciars zu sorgen hätten;
2) daß obige letztwillige Verfügung nur bei beiderseitigem Leben der testirenden Eheleute von ihnen erklärt und verändert werden könne, so daß die hiermit scheinbar nicht harmonirende Bestimmung des §. 1 des Testaments um so mehr beseitigt werde, da immer der Wille der Testatoren aufrecht zu erhalten und dieser in den nachfolgenden, also später niedergeschriebenen Paragraphen des Testaments auf eine unzweifelhafte Weise kund gegeben sei, übrigens auch stets diejenigen Bestimmungen den Vorzug verdienten, die am wenigsten von der Natur des Geschäfts, hier eines Universalfideicommisses, abwichen.

Aus diesen Gründen wäre die Wittwe Jungjohann nach Römischem, wie nach Deutschem Recht, nur befugt gewesen, von dem mit ihrem Ehemann errichteten Fideicommißvermögen, dessen Wesen eben darin bestehe, daß es nach dem Tode an die Fideicommißerben restituirt werden solle, die Früchte zu genießen, nicht aber zum Nachtheil der Justificanten die Masse aufzuheben, am wenigsten die Immobilien zu veräußern.

In eventum hätte dieselbe, wenn man ihr eine Art Dispositionsrecht einräumen wollte, nach Vorschrift der **Nov. 108, cap. 1 und 2**, unter Lebenden nur über ³/₄ des Fideicommisses verfügen dürfen und dies auch nur, insofern sie nicht absichtlich zum Nachtheile der Fideicommissare von einem solchen Dispositionsrechte Gebrauch gemacht habe. Da nun sie nicht allein, sondern auch der mitbeklagte Hufner Jvens den Inhalt des Testamentes genau gekannt und dennoch von der Ersteren an ihn die mehrberegte Hufe nebst Kathenstelle dergestalt verkauft sei, daß das errichtete und rechtlich nicht zu alterirende Fideicommiß, welches er, der Mitbeklagte, demnächst mit den Justificanten zu theilen gehabt haben würde, für seine Mitfideicommissare völlig verschwinde, so befänden sich beide Justificaten in dem Maaße **in dolo**, daß der Verkauf der Immobilien auch deshalb null und nichtig erscheine und die Wittwe Jungjohann in allen Fällen jetzt jede Dispositionsbefugniß über jenes Universalfideicommiß sowohl unter Lebenden, als von Todeswegen, verloren habe.

Die Justificanten seien daher zu dem Antrage berechtigt:

daß die von ihnen **ad proclama** vom 24. Aug. 1853 über den Verkauf der wailand Marr Jungjohann in Diedrichsdorf gehörigen Hufe nebst Kathenstelle **cum pert.** gemachten Ansprüche für justificirt und unter Vorbehalt aller sonstigen Schadensansprüche für Recht erkannt werde:

daß der zwischen der Wittwe Magdalena Jungjohann, geb. Jvens, c. c., als Verkäuferin und dem Hufner Johann Gabriel Jvens in Diedrichsdorf als Käufer über die zum Gesammtfideicommissarvermögen des wail. Hufners Marr Jungjohann und dessen noch lebenden Wittwe Magdalena, geb. Jvens, gehörige, in Diedrichsdorf, Amts Kiel, belegene Hufe und Kathenstelle **cum pert.** abgeschlossene und vollzogene Kaufhandel als null und nichtig wiederum aufzuheben und, unter Verurtheilung der Justificaten in die Kosten dieses Processes, zugleich der mitbeklagte Hufner Johann Gabriel Jvens schuldig zu erkennen, binnen Ordnungsfrist die von jenen Immobilien entfernten Inventarienstücke wiederum in gleichem Umfange zur Stelle zu bringen.

Excipiendo haben Justificaten die Einrede der fehlenden Legitimation mit dem Bemerken opponirt, daß selbst, wenn auch im Widerspruch mit dem Grundsatz: **viventis nulla datur hereditas** den Appellanten das Recht zustehen könnte, schon bei Lebzeiten der Wittwe Jungjohann eventuelle Erbrechte geltend zu machen, sie doch jedenfalls die Pflicht hätten, sich als nächste Blutsverwandte der Eheleute Jungjohann zu legitimiren.

In eventum sich einlassend, haben sodann Justificaten, in Verbindung mit einer affirmativen Litiscontestation, die Einrede des in den Rechten nicht begründeten Verlangens vorgeschützt und dieselbe insbesondere darauf gestützt, daß nach § 1 des Testaments die Wittwe Jungjohann Universalerbin des ganzen Nachlasses ihres verstorbenen Ehemannes mit unbeschränkter Befugniß zur Disposition sowohl unter Lebenden, als von Todeswegen geworden sei.

In omnem eventum endlich haben Justificaten auch noch die Einrede der Zuvielforderung opponirt und darauf fundirt, daß die Wittwe Jungjohann die Kathenstelle von ihrem Manne überall nicht geerbt habe.

Nach stattgehabter Verhandlung hat das Kieler Amthaus unterm 30. Juni v. J. erkannt: *)

*) Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß die Einrede der fehlenden Legitimation nicht dadurch erledigt wird, daß Justificanten behaupten, sie würden demnächst die nächsten gesetzlichen Erben der Eheleute Jungjohann sein, dieses vielmehr Gegenstand eines Beweises sein müßte, falls sich nicht herausstellen sollte, daß die Klage unbegründet sei;

in Erwägung, daß die deutsch-rechtlichen Grundsätze über ein Familien-Fideicommiß hier nicht zur Anwendung kommen, da dasselbe zum Zweck hat, ein

daß die Angabe der Justificanten zum Proclam vom 24. Aug. 1853 für justificirt nicht zu erachten, Justificanten vielmehr mit den erhobenen Ansprüchen abzuweisen und schuldig seien, den Justificaten die Kosten der Vorstellung vom 20. April und 13. Mai 1854, sowie der Decrete vom 28. April und 17. Mai 1854 **des. et mod. s.** zu erstatten, sowie daß die gedachte Proclamsangabe im Professionsprotocolle wiederum zu deliren sei.

Gegen dies Erkenntniß haben die Justificanten das Rechtsmittel der Appellation interponirt, dasselbe **tempestive** prosequirt und ihre Beschwerden darin gesetzt:

1) daß, wie geschehen, und nicht dem gestellten Antrage gemäß erkannt worden;
2) **event.** daß erkannt, daß die gedachte Proclamsangabe im Professionsprotocolle zu deliren, und nicht vielmehr das den Justificanten als fideicommissarischen Universalerben gesetzlich zustehende Pfandrecht an der von dem Miterblasser Marx Jungjohann herrührenden Hufenstelle **c. pert.** reservirt und gerichtlich anerkannt;
3) **in omnem eventum**, daß die Kosten nicht wenigstens verglichen worden.

Es steht demnach zur Frage: ob diese Beschwerden für begründet zu erachten?

In Erwägung nun, daß bei der Interpretation eines Testamentes der Reihenfolge der verschiedenen in demselben vorkommenden Dispositionen nicht die Bedeutung beigelegt werden darf, als wenn die mehreren im Testamente getroffenen Verfügungen gewissermaaßen verschiedene, der Zeitfolge nach aus einander liegende Handlungen wären, indem die Testamentserrichtung vielmehr *eine* Handlung bildet und das Testament daher auch als ein zusammenhängendes Ganzes aufgefaßt und beurtheilt werden muß;

in Erwägung ferner, daß die Eheleute Jungjohann zwar in dem von ihnen errichteten wechselseitigen Testamente sich nicht nur gegenseitig zu Erben eingesetzt, sondern gleichzeitig auch für den Fall des Todes des Längstlebenden zu Gunsten ihrer beiderseitigen Blutsverwandten, welche sie mit der Bezeichnung als fideicommissarische Universalerben substituiren, über den Gesammtnachlaß verfügt haben, daß aber, wenn auch im Allgemeinen davon wird ausgegangen werden dürfen, daß eine solche über den beiderseitigen Nachlaß, ohne zu unterscheiden, von wem das Vermögen herrührt, gemeinschaftlich-getroffene Verfügung für den Ueberlebenden regelmäßig als bindend anzusehen ist, doch diese Regel selbstfolglich nicht zur Anwendung kommen kann, wenn für den concreten Fall durch anderweitige Bestimmungen der Testatoren dem Längstlebenden die Dispositionsfreiheit erhalten worden ist, indem auch in dieser Beziehung nur der Wille der Testatoren allein entscheidend sein kann;

in weiterer Erwägung, daß der von ihrem Ehemann und Mittestator als Universalerbin instituirten Wittwe Jungjohann von ihm ausdrücklich die Befugniß beigelegt worden, über seinen Nachlaß wie über ihr eigenes Vermögen unbeschränkt, sowohl unter Lebenden als von Todeswegen, zu verfügen, daß aber mit dieser unzweideutigen Bestimmung des Testaments die Annahme völlig unvereinbarlich erscheint, daß jene zu Gunsten der Blutsverwandten getroffene gemeinschaftliche Verfügung in dem Sinne aufgefaßt werden dürfe, als wenn dadurch der überlebenden Wittwe die ihr unbeschränkt ertheilte Befugniß zur freiesten

---

bestimmtes Vermögen einer Familie auf die Dauer zu erhalten, diese Absicht hier aber jedenfalls nicht vorliegt, daß daher lediglich nach den römisch-rechtlichen Grundsätzen zu ermitteln sein wird, ob die Justificanten befugt sind, den abgeschlossenen Kauf anzufechten;

in Erwägung, daß die Dispositio III. des Testaments nicht für sich allein in Betracht gezogen werden darf, sondern mit den übrigen Bestimmungen des Testaments in Verbindung und möglichst in Uebereinstimmung gebracht werden muß, die Dispositionen I. und VI. des Testaments aber hinlänglich zeigen, daß es die Absicht der Testatoren gewesen, den Längstlebenden freie Verfügung zu lassen, den Geschwistern und Geschwisterkindern aber weder Einreden dagegen, noch auch Ansprüche auf deßfallsige Sicherstellung zu gestatten, ihnen also nur dasjenige zuzuwenden, was beim Tode des längstlebenden Ehegatten übrig geblieben sein werde, und die Dispositio III. auch damit keinesweges in directem Widerspruche steht, da der Ausdruck „gesammte Nachlaß" hier mit Beziehung auf den sonstigen Inhalt des Testaments wohl von demjenigen Vermögen gebraucht werden konnte, was beim Tode des Längstlebenden annoch vorhanden sein würde; und

in Erwägung, daß freilich die Nov. 108 bestimmt, daß regelmäßig der vierte Theil eines Vermögens, welches einem Fiduciar unter der Clausel überlassen, daß er das, was übrig sei, einem oder mehreren anderen Erben restituiren solle, für diese conservirt werden müsse, daß aber eine deßfallsige Sicherstellung nach Inhalt der Novelle für die eventuellen Erben nicht zu erlangen stehl, wenn der Testator den Fiduciar von allen dazu dienlichen Obliegenheiten ausdrücklich freigesprochen hat, und daß demnach in dem vorliegenden Falle auch der Anspruch auf Rescission des fraglichen Handelns nicht dadurch zu begründen ist, daß in Folge desselben vermuthlich selbst jene Quart für die Fideicommißerben verloren gehen würde, da diese Möglichkeit keine Beschränkungen oder Verpflichtungen für die Justificatin hervorbringen kann, von denen das Testament sie liberirt, und da jene Vermuthung, wäre auch die Größe des bei der Justificatin vereinten Vermögens beider Eheleute jetzt zu constatiren, doch vor dem Ableben der Wittwe nicht zur Gewißheit gebracht werden kann, weil sichs nicht eher ergiebt, ob deren Nachlaß nicht die Quart dennoch erfüllen wird.

Disposition, sowohl unter Lebenden, als von Todeswegen, wiederum habe entzogen werden sollen, wie denn auch eine solche Absicht der Testatoren um so weniger vorausgesetzt werden darf, weil von einer dem Längstlebenden aufzuerlegenden Verpflichtung, den von dem Vorverstorbenen ererbten Nachlaß ganz oder theilweise wieder zu restituiren, im Testamente überall nicht die Rede ist, die bloße Bezeichnung der Blutsverwandten, zu deren Gunsten über den Gesammtnachlaß verfügt worden, als substituirte fideicommissarische Universalerben aber keinesweges mit genügender Bestimmtheit erkennen läßt, daß der überlebenden Wittwe eine mit anderweitiger klarer und unzweideutiger Bestimmung des Testaments in Widerspruch tretende Verpflichtung hat auferlegt werden sollen;

in Erwägung, daß hinfolglich, da nur der aus dem Testament erkennbare Wille der Testatoren auf richterliche Berücksichtigung Anspruch hat, die zu Gunsten der beiderseitigen Blutsverwandten für den Fall des Todes des Längstlebenden getroffene Verfügung in keinem andern Sinn aufgefaßt werden kann, als daß dieselbe bloß eventuell, nämlich für den Fall, daß die mit unbeschränkter Dispositionsfreiheit, sowohl unter Lebenden als von Todeswegen, instituirte, ihren Mittestator überlebende Universalerbin von diesem Recht keinen oder nur beschränkten, nicht die ganze Masse absorbirenden Gebrauch gemacht, zur Anwendung kommen und in solchem Fall also das, was die überlebende Wittwe hinterlassen würde, ohne darüber von Todeswegen verfügt zu haben, nach den Bestimmungen des Testamentes unter die beiderseitigen Blutsverwandten aufgetheilt werden solle;

in Erwägung endlich, daß, wenn daher eben so wenig von einem im Testamente implicite enthaltenen, die Wittwe Jungjohann sogar rücksichtlich der Disposition über ihr eigenes Vermögen beschränkenden Erbvertrag die Rede sein kann, als sich auf den gegenwärtigen Fall die für das Universalfideicommiß geltenden Grundsätze des Römischen Rechts anwenden lassen, nicht nur die hauptsächlichen, sondern ebenfalls auch die eventuellen Beschwerden der Appellanten sich als unbegründet darstellen,

wird, nach auf eingelegte Recesse und Unterinstanzacten stattgehabter mündlicher Verhandlung, hiermittelst von Obergerichtswegen für Recht erkannt:

> daß die **sententia a qua pure** zu confirmiren und **ad exequendum** zu remittiren, Appellanten auch schuldig seien, den Appellaten die durch die Appellation verursachten Kosten, deren Designation und Moderation vorbehältlich, zu erstatten.

Wie denn solchergestalt hiedurch erkannt wird

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. **Publicatum** im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 30. Mai 1855.

Die Justificanten haben sich gegen dieses Erkenntniß an das Königl. Oberappellationsgericht gewandt, und es ist darauf von diesem die nachstehende, das angefochtene Erkenntniß in der Hauptsache bestätigende Entscheidung abgegeben worden:

Frederik der Siebente ꝛc.

In Sachen des Marx Friedrich Jungjohann in Neumühlen, der Anna Orla Heuck, geb. Jungjohann, c. c. m. in Wellingdorf, der Anna Louise Margaretha Ahrens, geb. Jungjohann, c. c. m. in Altona, als Geschwister und Geschwisterkinder des weiland Hufners Marx Jungjohann in Diedrichsdorf, Amts Kiel, sowie ferner der Geschwister und Geschwisterkinder der Wittwe Magdalena Jungjohann, geb. Jvens, daselbst, der Wittwe Dorothea Schütt, geb. Jvens, c. c. in Ellerbeck, der Wittwe Christina Margaretha Techel, geb. Jvens, c. c. in Wellingdorf, der Ehefrau Ida Gries, geb. Jvens, c. c. m., des Seifensieders Jacob Heinrich Matthias Rehbehn in Neumühlen, des Hufners Jacob Hinrich Havemeister und Magdalena Bräsch, geb. Havemeister, c. c. m. in Wellingdorf, Justificanten und Appellanten, wider die Wittwe Magdalena Jungjohann, geb. Jvens, c. c. und den Hufner Johann Gabriel Jvens in Diedrichsdorf, Justificaten und Appellaten, betreffend die Justification einer Angabe zum Proclam über den Verkauf der vormals Jungjohannschen Hufe und Kathenstelle in Diedrichsdorf, jetzt Appellation wider das Erkenntniß des Holsteinischen Obergerichts vom 30. Mai v. J.,

wird, nach verhandelter Sache, bei abschriftlicher Mittheilung der eingezogenen Gegenerklärung,

in Erwägung, daß die letztwillige Verfügung der Eheleute Jungjohann vom 16. Juli 1827, aus welcher die Justificanten das ihren profitirten Ansprüchen zum Grunde gelegte fideicommissarische Recht ableiten, nicht, wie diese wollen, als ein Erbvertrag, sondern nach Form und Inhalt lediglich als ein Testament aufgefaßt werden kann, da namentlich auch der § 8 nur eine gewöhnliche Reservation der nachträglichen Hinzufügung formloser Testamentsscheduln enthält, und die von den Justificanten deducirte Ansicht, daß durch den Inhalt dieses Paragraphen der überlebende Ehegatte sich der einseitigen Disposition über das gesammte beiderseitige Vermögen, worüber gemeinschaftlich verfügt worden, begeben habe, schon dadurch hinfällig wird, daß das bei der Deduction benutzte Wörtchen „und" sich im Testamente nicht findet;

in Erwägung, daß im § 1 des Testaments nicht nur die Wittwe Jungjohann zur Universalerbin des gesammten Nachlasses ihres verstorbenen Ehemannes eingesetzt, sondern auch mit ausdrücklichen Worten derselben das Recht beigelegt ist, damit, als mit ihrem sonstigen eigenthümlichen Vermögen, sowohl unter Lebendigen als von Todeswegen zu verfügen, und

daß, wenn im weiteren Verlauf des Testaments durch die sub 3 von den testirenden Eheleuten vorgenommene Substituirung ihrer beiderseitigen nächsten Blutsverwandten als fideicommissarische Universalerben eine Anordnung getroffen ist, welche als unbedingte Verfügung mit jener ersten ganz unzweideutigen Disposition des Testators in Widerspruch stehen würde, angenommen werden muß, daß die Testatoren die spätere Bestimmung unter der stillschweigenden Bedingung, daß der Ueberlebende von der ihm vorher eingeräumten Freiheit, anderweitig zu disponiren, keinen Gebrauch gemacht hätte, getroffen haben;

in Erwägung nämlich, daß, wo Widersprüche zwischen dem Wortsinn verschiedener Bestimmungen eines Testaments sich finden, eine Vereinigung derselben auf dem Wege der Auslegung zu versuchen ist, — daß, während die Annahme, daß die zu Gunsten der beiderseitigen Blutsverwandten getroffenen Bestimmungen die Errichtung eines unbedingten Fideicommisses enthalten, zu dem Resultat führen müßte, der im § 1 enthaltenen Bestimmung in Betreff der der mittestirenden Ehefrau beigelegten völligen Dispositionsfreiheit alle und jede Gültigkeit abzusprechen, die Auffassung der fideicommissarischen Bestimmung des § 3 als einer in der angegebenen Weise bedingten dieser Bestimmung die Bedeutung übrig läßt, nach welcher durch sie der häufig in wechselseitigen Testamenten von Eheleuten verfolgte Zweck, bei Aufrechthaltung voller Dispositionsfreiheit für den zum Erben instituirten überlebenden Theil zu verhüten, daß im Fall von solcher Freiheit durch letzteren kein Gebrauch gemacht würde, das gesammte Vermögen beider Eheleute den gesetzlichen Erben des zuletzt Verstorbenen allein zufalle, erreicht werden konnte, die Bestimmung des § 3 also auch bei dieser Auffassung immer noch einen vernünftigen Sinn behält, welcher als der der Absicht der Testatoren entsprechende sehr wohl angenommen werden kann, — daß ferner auch dieser Auslegung die sonst von den Justificanten in Bezug genommenen Bestimmungen des Testaments nicht entgegenstehen, da keine derselben auf die Absicht der Testatoren, ein unbedingtes Fideicommiß zu errichten, einen bestimmten Schluß zuläßt, und da, wenn einzelne allerdings bei der gegentheiligen Annahme als an sich unnöthige Cautelen erscheinen, hierauf doch um so weniger Gewicht gelegt werden darf, weil derartige nicht nothwendige Bestimmungen in letztwilligen Verfügungen sehr häufig angetroffen zu werden pflegen, — daß mithin die angegebene Auslegung des Jungjohann'schen Testaments durch überwiegende Gründe geboten wird;

in Erwägung, daß hiernach den Justificanten, welche, den Beweis ihres verwandtschaftlichen Verhältnisses vorausgesetzt, mit Rücksicht auf die Provocation der Justificaten zur Geltendmachung der von ihnen behaupteten bedingten Rechte legitimirt sein würden, auf Grund der ihnen opponirten Einrede der fehlenden Legitimation also nicht abgewiesen werden könnten, aus dem Jungjohann'schen Testament kein Recht zugestanden werden kann, vermöge dessen sie befugt wären, die Wittwe Jungjohann an der Ausübung der dieser ausdrücklich beigelegten freien Disposition über das von ihrem Ehemanne ererbte oder gar an der Disposition über ihr sonstiges Vermögen zu hindern, sowie daß eben so wenig den Justificanten zur Sicherung ihrer nur eventuellen und bezüglich ihrer Verwirklichung ganz in das Belieben der Wittwe Jungjohann gestellten fideicommissarischen Erbansprüche ein Pfandrecht zusteht, weil ein solches mit der jener eingeräumten völligen Dispositionsfreiheit unvereinbar ist, und die im Römischen Recht enthaltenen Vorschriften über das **fideicommissum ejus, quod superfuturum** auf solche Fälle, in welchen einem Fiduciar nicht allein die Disposition unter Lebenden, sondern selbst freie letztwillige Verfügung beigelegt, und solchergestalt das Recht des Fideicommissars noch in einem anderen als dem bei jenem Rechtsinstitut vor Augen gehabten Sinne zu einem bedingten gemacht ist, keine Anwendung leiden können, vielmehr jede Disposition des zu derselben in solcher Unbeschränktheit ausdrücklich ermächtigten Fiduciars, sei diese nun unter Lebenden, oder auf den Todesfall getroffen, bezüglich des betreffenden Vermögenstheils den Eintritt der Bedingung hindert, von welcher das Recht des Fideicommissars abhängig gemacht war; und

in Erwägung, daß zwar aus vorstehenden Gründen das angefochtene Erkenntniß in der Hauptsache zu bestätigen ist, daß jedoch in der unpräcisen Abfassung des Testaments, der daraus hervorgegangenen Leichtigkeit eines Mißverständnisses über die Absicht der Testatoren und in der durch die Provocation der Justificaten für die Justificanten eingetretenen Nöthigung zur Geltendmachung ihrer vermeintlichen Gerechtsame zulängliche Gründe zu finden sind, eine Vergleichung sämmtlicher Proceßkosten eintreten zu lassen, mithin bezüglich der Proceßkosten eine Abänderung des obergerichtlichen Erkenntnisses nach Maaßgabe der dritten Beschwerde der Justificanten als begründet erscheint,

hiedurch für Recht erkannt:

daß das angefochtene Erkenntniß in der Hauptsache zu bestätigen, in Betreff der Kosten aber dahin abzuändern sei, daß sämmtliche Kosten dieses Processes, soweit darüber nicht etwa bereits rechtskräftig anderweitig erkannt worden, verglichen werden.

V. R. W.

Urkundlich rc. Gegeben im Königl. Oberappellationsgericht zu Kiel, den 14. Juni 1856.

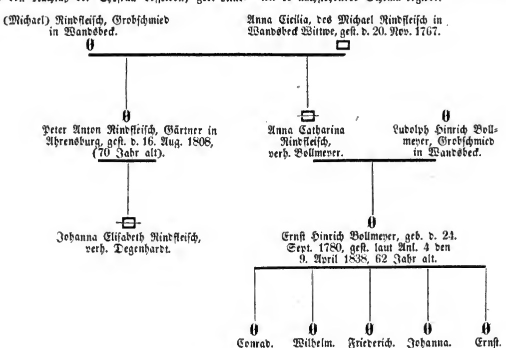
Für das testamentum judici oblatum ist die persönliche Ueberreichung durch den Testator wesentlich. — Der bonæ fidei possessor einer Erbschaft haftet für die gezogenen Nutzungen und Früchte nur, insoweit er durch dieselben bereichert ist.

In Appellationssachen des Ober- und Landgerichts-Advocaten Huß in Ahrensburg, mand. noie. der Erben defuncti J. J. H. Degenhardt und Ehefrau Nicolai, geb. Raspe, c. c. m. daselbst, W. Raspe zu Hamburg, Ehefrau Wolgast, geb. Raspe, c. c. m. zu Lauenburg und Maria Dorothea Lucia, wie auch Anna Constanze Caroline Raspe per tut., Kaufmann C. Haack und F. Wolgast zu Lauenburg, Justificaten und Appellanten, wider die Geschwister Conrad, Friederich, Wilhelm und Ernst Bollmeyer c. c. m. aus Wandsbeck, Justificanten und Appellaten, in pcto. ad procl. über die Verlassenschaft des weil. J. J. H. Degenhardt zu Ahrensburg angemeldeten Ansprüche an den Nachlaß der Ehefrau desselben, geb. Rindfleisch, jetzt Appellation gegen das Erkenntniß des Ahrensburger Gutsgerichts vom $\frac{\text{28. Febr.}}{\text{1. März}}$ 1855;

ergeben die Acten:

Am 2. Januar 1854 verstarb in Ahrensburg der Krämer und Gastwirth Joh. Justus Heinrich Degenhardt als Wittwer ohne Leibeserben. Auf das über dessen Nachlaß unterm 9. Febr. v. J. erlassene Proclam profitirten die jetzigen Appellaten als nächste Blutsverwandte der zuerst verstorbenen Ehefrau Degenhardt, Johanna Elisabeth, geb. Rindfleisch, Erbansprüche an deren von der Masse des zuletzt verstorbenen Ehemannes noch nicht abgesonderten Nachlaß.

Zur Specialjustification aufgefordert, haben Profitenten ihren Justificationslibell nebst Anlagen beim Ahrensburger Justitiariate eingereicht. Sie wiesen darin unter Bezugnahme auf beigebrachte Kirchenbuchsextracte ihre Verwandtschaft fünften Grades mit der am 5. Juli 1852 verstorbenen Ehefrau Johanna Elisabeth Degenhardt, geb. Rindfleisch, dergestalt nach, wie es nachstehendes Schema ergiebt:



Sie führten sodann an, daß der verstorbene J. J. H. Degenhardt, welcher, sofern seine zuvor verstorbene Ehefrau **intestata** mit Tode abgegangen, unzweifelhaft nur seine statutarische Portion an deren Nachlasse zu beanspruchen gehabt, den übrigen Nachlaß derselben nach einem eidlichen Inventare an deren Blutsverwandte hätte herausgeben müssen, aber bis an sein Lebensende, ohne solche Absonderungen vorzunehmen, im Besitze und Genusse des gesammten Nachlasses der **prædefuncta** verblieben sei. Die Ehefrau Degenhardt, geb. Rindfleisch, sei ferner als **intestata** verstorben anzusehen, weil das von ihr mit ihrem Ehemanne unterm 6. Febr. 1819 errichtete vermeintliche Testament, worin die Eheleute sich gegenseitig zu Universalerben eingesetzt, nicht zu Recht bestehen könne. Bei der am 16. Juli 1852 vor dem Ahrensburger Justitiariate stattgehabten Eröffnung dieses Testamentes habe sich nämlich ergeben, daß dasselbe blos von den beiden Eheleuten **resp. c. cur. ad hoc rogato** unterschrieben und sodann deren Unterschrift so wie deren **sana mens** von zweien Zeugen attestirt sei. Nun hätten zwar zufolge eines von dem Ehemanne Degenhardt bei Beantragung der Testaments-Publication eingereichten Attestes des Justitiarius Witt **d. d.** Wandsbeck im Ahrensburger Justitiariate den 13. Febr. 1819 die Eheleute Degenhardt an diesem Tage ein **testamentum reciprocum ad depositum judiciale** versiegelt eingereicht. Daß dieselben aber solches persönlich gethan hätten, sei unwahrscheinlich, da sich bei dem deponirten Testamente die von dem Advocaten Jessen concipirte und von den Eheleuten Degenhardt **resp. c. cur.** unterschriebene Exhibitionsvorstellung, versehen mit dem Producte vom 13. Febr. 1819, vorgefunden habe, worin die Eheleute Degenhardt erklärten, daß sie hieneben versiegelt ihr Testament überreichten und das Gericht bäten, dem Convolute das Gerichtssiegel aufzudrücken und dasselbe sodann **ad depositum judiciale** zu nehmen, auch ihnen darüber, daß solches geschehen, eine gerichtliche Bescheinigung zu ertheilen.

Das **ex deposito** zum Zweck der Eröffnung und Publication am 16. Juli 1852 hervorgeholte, das Testament **qu.** enthaltende Convolut sei denn auch mit zwei Gerichtssiegeln des Justitiariats, aber mit keinem Privatsiegel, sondern statt dessen nur mit einer Oblate verwahrt gewesen.

Dies Alles ist durch gerichtliche Extracte sofort liquide gemacht und sodann rechtlich deducirt, daß das Testament der Eheleute Degenhardt weder als ein Privattestament gelten könne, da es an dessen gesetzlichen Formen fehle, noch als ein öffentliches Testament, indem in letzterer Beziehung nur fraglich erscheinen könne, ob dasselbe als **testamentum judici oblatum** passiren könne. Dies aber sei unstatthaft, weil bei der durch die Praxis eingeführten **oblatio** eines versiegelten Testaments die Vollziehung desselben vor dem Richter in derselben Weise bezweckt werde, in welcher ein versiegeltes Testament vor 7 Zeugen vollzogen werden könne, nämlich dergestalt, daß der Testirende in vollbewußtem Zustande persönlich die verschlossene Scriptur für seinen letzten Willen erklären müsse, und daß das Gericht anstatt der 7 Zeugen eine Acte über solche Declaration und Ueberreichung aufnehme.

Durch die bloße Annahme des **ad depositum** eingesandten verschlossenen Convolutes habe kein Testament solemnisirt werden können, sondern dazu hätte es eines, mit Zuziehung von Actuar und Beisitzern aufgenommenen Protocolls bedurft, wie solches schon der **passus** 45 der Sporteltaxe für die adel. Güter vom 8. Decbr. 1817 andeute.

So wenig nun ein durch **oblatio judici** solemnisirtes Testament vorliege, so wenig genüge die Scriptur den Formen eines Codicills oder Fideicommisses, auch könne dieselbe nicht als Erbvertrag aufrecht erhalten werden, da im § 5 einseitige Abänderungen vorbehalten seien.

Demnach müsse, mit Beiseitesetzung des ungültigen Testaments, nach der weil. Ehefrau Degenhardt die Intestatsuccession als eröffnet betrachtet werden, und sei der Antrag gerechtfertigt, zu erkennen:

> daß die Justificaten schuldig, die Nachlassenschaft der weiland Ehefrau J. E. Degenhardt von der Nachlassenschaft ihres Ehemannes abzusondern und dieselbe nach einem eidlichen Inventar mit den seit dem Tode der Erblasserin gezogenen Nutzungen und Früchten **ded. ded.** an die Justificanten herauszugeben, **ref. exp.**

(Der Beschluß folgt.)

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

40. Stück. Den 6. October 1856.

Entscheidungen.

Für das testamentum judici oblatum ist die persönliche Ueberreichung durch den Testator wesentlich. — Der bonæ fidei possessor einer Erbschaft haftet für die gezogenen Nutzungen und Früchte nur, insoweit er durch dieselben bereichert ist.

(Beschluß.)

Die Justificaten dagegen haben in ihrer Exceptionsschrift zuvörderst sich auf das Testament vom 6. Febr. 1819 berufen, durch welches sie gegen Ansprüche der Intestaterben geschützt seien. Sie suchen dessen Rechtsbeständigkeit insbesondere durch folgende Argumente zu begründen, nämlich:

1) daß das Testament von zwei Zeugen beglaubigt worden, sei kein Mangel desselben, sondern ein superfluum;

2) die Unterscheidung zwischen einem testamento judici oblato und einem blos ad depositum gebrachten Testamente sei willkürlich. Das Wesen des ersteren bestehe darin, daß es in einer als letzter Wille erklärten Scriptur dem Gerichte übergeben und zur gerichtlichen Verwahrung gebracht werde;

3) Justificanten verwechselten das testamentum publicum apud acta conditum mit dem testamentum judici oblatum, für letzteres bedürfe es keiner Solemnisation;

4) eines Protocolles habe es nicht bedurft, weil die Erklärung der Eheleute Degenhardt in der Exhibitionsvorstellung ad acta gebracht und die Ueberreichung durch das Attestat des Justitiariats vom 13. Febr. 1819 zur Gewißheit erhoben worden sei. Durch beides werde erschöpft, was sonst durch ein Protocoll hätte constatirt werden können. Ein Protocoll sei nicht als wesentliche Form vorgeschrieben, sondern nur zum Beweise des Vorhandenseins der wesentlichen Requisite erforderlich;

5) der Verschluß mit Oblate statt Siegels sei ein ganz gleichgültiger Umstand, da der Testator seinen letzten Willen auch ganz unverschlossen dem Gerichte überreichen könne;

6) die Gewißheit, daß in der fraglichen Scriptur der letzte Wille der Ehefrau Degenhardt enthalten sei, gebe deren Unterschrift auf dem Testamente sowohl als auch der Exhibitionsvorstellung. Unächtheit dieser Unterschriften sei nicht behauptet;

7) der Umstand, daß das Testament am 6. Febr. 1819 errichtet, aber erst am 13. ejusd. dem Gerichte überreicht sei, störe die Rechtsgültigkeit nicht, da nirgends vorgeschrieben, daß die Deponirung uno et continuo actu mit der Errichtung geschehen solle.

Die Justificaten baten auf Grund der solchemnach liquiden Einrede des den Imploraten entgegenstehenden rechtsgültigen Testamentes um Abweisung der Kläger, event. baten sie um Abweisung angebrachtermaaßen, weil die Justificanten ein Object ihres Klaganspruches überall nicht nachgewiesen hätten. Es gäbe keine Präsumtion dafür, daß die Ehefrau Degenhardt Vermögen hinterlassen, eben so wenig sei dies in irgend einer Weise wahrscheinlich gemacht. Es komme hinzu, daß der Ehemann jedenfalls auch ab intestato die Mobilien geerbt haben würde, mithin der eventuelle Erbanspruch der Justificanten sich nur auf inferirtes oder ererbtes Capital und Immobiliarvermögen der Ehefrau Degenhardt würde erstrecken können. Es hätte zur legitimatio ad causam gehört, nachzuweisen, daß dergleichen vorhanden gewesen.

Sodann sich in event. einlassend, bestritten Justi-

ficaten den Beweis der Verwandtschaft, namentlich könne man nach den beigebrachten Kirchenbuchertracten nicht annehmen, daß der Vater der Justificanten ein Sohn des wail. Grobschmiedes Ludolph Hinrich Vollmeyer in Wandsbeck und seiner Ehefrau Anna Catharina, geb. Rindfleisch, gewesen sei, denn nach dem Geburtsscheine Anl. 3 heiße der am 24. Septbr. 1780 geborene Sohn der genannten Aeltern Ernst Heinrich Vollmeyer, während nach dem Todtenschein Anl. 4 der am 19. April 1838 verstorbene Vater der Justificanten Ernst Hinrich Vollmeyer geheißen habe und als 62 Jahr alt bezeichnet werde, welches nach dem Geburtsjahre 1780 eine Differenz von circa 4 Jahren ergebe.

Im Uebrigen wiederholten Justificaten die Berufung auf das Testament, vermöge dessen der Ehemann Degenhardt, wenn die Ehefrau desselben Vermögen hinterlassen, welches sie ignorirten, im Besitz desselben zu verbleiben berechtigt gewesen sei. Desgleichen ist das Verlangen eines eidlichen Inventars mit denselben Gründen wie vor der Einlassung bestritten und schließlich noch geltend gemacht, daß das Testament vom 6. Februar 1819 schlimmsten Falls als **fideicommissum** aufrecht zu erhalten sei und dann die Justificanten nur auf die **Quarta Falcidia** Anspruch machen könnten.

Bei der am 19. Octbr. v. J. stattgehabten mündlichen Verhandlung ist weiter nichts Bemerkenswerthes vorgekommen, als daß **in replicis** der Ausdruck „eidliches Inventar" in das Verlangen eines zu Rechte beständigen Inventars abgeändert worden ist.

Hierauf hat das Ahrensburger Justitiariat unterm 28. Febr. d. J. erkannt:

daß die von den Justificanten beschaffte Angabe auf das Proclam über die Nachlassenschaft des wail. Joh. Justus Heinr. Degenhardt zu Ahrensburg für justificirt zu erachten und die Justificaten daher schuldig seien, die Nachlassenschaft der wail. Ehefrau Johanna Elisabeth Degenhardt, geb. Rindfleisch, von der Nachlassenschaft ihres Ehemannes abzusondern und dieselbe nach einem zu Rechte beständigen Inventare mit den seit dem Tode der Erblasserin gezogenen Nutzungen und Früchten **deductis deducendis** binnen 6 Wochen an die Justificanten herauszugeben, auch denselben sämmtliche angeursachten Kosten, **spec. et moder. salva**, zu erstatten.

Gegen dieses Erkenntniß haben die Justificaten das Rechtsmittel der Appellation eingewendet, dasselbe **rite** prosequirt und ihre **gravamina** dahin aufgestellt:

1) daß erkannt, wie geschehen, und das von dem Erblasser der Justificaten, J. J. H. Degenhardt, mit seiner verstorbenen Ehefrau, geb. Rindfleisch, errichtete und unterm 13. Februar 1819 bei dem Justitiariat eingelieferte Testament für ungültig erklärt und nicht statt dessen auf den Grund der aus dieser letztwilligen Disposition entnommenen diesseitigen Einrede dahin erkannt ist, daß die von den Justificanten und Appellaten auf das über den Nachlaß **def.** J. J. H. Degenhardt ergangene Proclam profitirten Ansprüche für justificirt nicht zu achten, hinfolglich Justificanten und Appellaten mit diesen Ansprüchen abzuweisen seien, **ref. exp.**;

2) daß, wie geschehen, erkannt und nicht statt dessen mit Rücksicht auf den von den Justificaten und Appellanten urgirten Mangel jeder Angabe über einen von den Justificanten und Appellaten zu beanspruchenden Nachlaß der wail. Ehefrau Degenhardt, geb. Rindfleisch, und den desfälligen Mangel der **legitimatio ad causam** dahin erkannt ist, daß die von den Appellaten **ad proclama** über den J. J. H. Degenhardt'schen Nachlaß profitirten Ansprüche für justificirt nicht zu achten, Appellaten daher mit selbiger abzuweisen seien, **ref. exp.**; **event.** daß nicht deshalb die Abweisung der Justificanten und Appellaten angebrachtermaaßen erkannt ist, **ref. exp.**; **event.**

3) daß die den Ansprüchen der Justificanten und Appellaten zum Grunde gelegten Thatumstände und ihre Legitimation als nächste Blutsverwandte der wail. Ehefrau Degenhardt, geb. Rindfleisch, für bereits erwiesen erachtet und nicht in dem einen oder andern Punkt vorgängig auf Beweis erkannt worden;

4) daß die Justificaten und Appellanten schuldig erkannt sind, die Nachlassenschaft der wail. Ehefrau Degenhardt, geb. Rindfleisch, nach eigenem Inventar mit den seit dem Tode gezogenen Nutzungen und Früchten herauszugeben, und daß nicht der Nachlaß ausgenommen ist, welcher auf den nachverstorbenen Ehemann J. J. H. Degenhardt, den Erblasser der Appellanten, gesetzlich vererbfällt worden; **in omnem eventum**

5) daß nicht mindestens die Kosten compensirt sind.

Es sind demnach die einzelnen Beschwerden zu prüfen.

In Erwägung nun,

ad grav. 1, daß das Testament vom 6. Februar 1819 als ein rechtsgültiges Privattestament, **event.** Codicill oder Fideicommiß jedenfalls nicht angesehen werden kann, da es **absque legitimo numero testium** errichtet worden, weshalb dasselbe denn auch nur unter

dem Gesichtspunkte eines öffentlichen, und zwar als ein **testamentum judici oblatum**, von den Appellanten vertreten worden ist;

in Erwägung, daß allerdings nach gemeinrechtlicher Observanz ein schriftlich verfaßter letzter Wille dem Gerichte überreicht und dadurch zu einem öffentlichen Testamente erhoben werden kann, und daß in Ermangelung specieller Gesetzesvorschriften über die nähere Art und Weise, in welcher diese **oblatio testamenti** bewerkstelligt werden müsse, die Nothwendigkeit dabei zu observirender Formen sich lediglich aus materiellen Gründen des Geschäftes und aus der Verfassung des jedesmaligen Gerichtes herleiten läßt;

in Erwägung nun, was die materiellen Gründe des Geschäfts betrifft, daß die fragliche als ein **expediens** von der Praxis eingeführte Art der Testamentssolennisirung nur die Umgehung der unter Umständen schwierigen sonstigen Formalvorschriften rücksichtlich der Testamentserrichtung, unter gleichzeitiger Geheimhaltung des Inhaltes des letzten Willens, bezweckt, daß aber keineswegs angenommen werden kann, es sei nicht ebenfalls bei dieser Art der Testamentssolennisation auf vollkommene Rechtssicherheit abgesehen; und

in Erwägung, daß in letzterer Beziehung für die sonstigen gesetzlichen Formen der Testamentserrichtung in der gerichtlichen Oblation nur dann ein genügendes Surrogat gefunden werden kann, wenn der Testator persönlich vor dem Gerichte seine Declaration darüber abgiebt, daß in der überreichten Schrift sein letzter Wille enthalten sei, indem

1) der Wille, letztwillig zu verfügen, in der überreichten Schrift, sofern dieselbe nicht etwa ohnehin schon den Formen eines gültigen Testamentes gemäß, etwa vor 7 Zeugen, abgefaßt worden, noch nicht rechtsbeständig beurkundet vorliegt, und daher durch die bei Ueberreichung der Schrift auszusprechende Declaration gerade erst die **voluntas testandi** beurkundet, d. h. der Act der Testamentserrichtung vollzogen werden soll, welches so wenig als irgend eine sonstige Declaration des letzten Willens **per mandatarium** geschehen kann, und indem

2) jede Garantie für die Identität der Schrift verloren geht, wenn der Testator nicht persönlich dem Gerichte die Schrift überreicht, wie es denn ohne Weiteres einleuchtet, daß bei einer Uebersendung der Schrift an das Gericht, zumal im vorliegenden Falle, in welchem die Schrift nur mit einer Oblate verschlossen war, Vertauschungen, Unterschiebungen u. s. w. sehr leicht als möglich gedacht werden können;

in Erwägung also, daß das persönliche Erscheinen der testirenden Person vor dem Gerichte durchaus wesentlich erachtet werden muß, wenn, wie im vorliegenden Falle, das Testament durch die **oblatio judici** solennisirt, und nicht etwa ein ohnehin schon rechtsgültig abgefaßtes Testament blos zur Aufbewahrung **ad depositum** gebracht werden soll, daß aber aus dem Atteſtate des Justitiars Witt vom 13. Februar 1819 in Verbindung mit der Exhibitionsvorstellung **sub præsent. ejusd.** keineswegs zu ersehen, daß die Eheleute Degenhardt **resp. c. cur.** persönlich vor dem Justitiarius erschienen sind, im Gegentheil aus dem Umstande, daß jene die Vorstellung unterschrieben haben, der Attest des Justitiars aber in Wandsbeck ausgefertigt ist, eher die Annahme Wahrscheinlichkeit gewinnt, daß die Vorstellung sammt der Anlage dem Justitiarius nach Wandsbeck übersandt worden ist;

in Erwägung, daß ein Beweis über das persönliche Erscheinen der Eheleute Degenhardt **resp. c. c.** vor dem Justitiar Witt behuf Oblation ihres Testamentes, wenn überall mangelhafte Urkunden über das Zustandekommen eines Testamentes sich ergänzen lassen, schon darum den Justificaten nicht hat aufgelegt werden können, weil dieselben unter Vermeidung selbstständiger thatsächlicher Behauptungen in der fraglichen Beziehung sich lediglich darauf beschränkt haben, aus den Documenten vom 13. Februar 1819 die vermeintliche Rechtsgültigkeit der Oblation zu deduciren;

welchemnach, ohne daß es eines Eingehens auf die aus der Verfassung des Ahrensburger Gutsgerichts entlehnten Anfechtungsgründe bedarf, die erste Beschwerde verworfen werden muß;

in Erwägung,

ad grav. 2, daß dem verstorbenen Degenhardt kraft ehelichen Rechtes die Administration des Vermögens der Erblasserin zuständig war, demnach auch derselbe, nachdem die Letztere in stehender Ehe verstorben, zur Rechenschaftsablage über deren Nachlaß den Erben derselben verpflichtet war, und diese Verpflichtung auf seine Erben übergegangen ist;

in fernerer Erwägung, daß nicht einmal die Behauptung, es sei überall kein Nachlaß vorhanden gewesen, von der Verpflichtung zur Inventar-Edition befreit, überdies aber hier das Vorhandengewesensein eines Nachlaßvermögens schon aus dem Umstande zu entnehmen steht, weil sich sonst nicht absehen läßt, weshalb die Ehefrau Degenhardt auf die Absicht, ein Testament zu errichten, hätte verfallen sollen;

welchemnach es der in diesem **gravamen** desiderirten weiteren **legitimatio ad causam** für die Justificanten nicht bedurfte;

in Erwägung,

ad grav. 3, daß die variirende Schreibart in der Namensbezeichnung des Sohnes von Ludolph Hinrich Vollmeyer und des Vaters der Justificanten resp. als Ernst Hinrich Vollmeyer und Ernst Heinrich Vollmeyer zu Zweifeln an der Identität der Person keine Veranlassung giebt, daß ferner die in dessen Todtenscheine nachrichtlich enthaltene Altersangabe zu 62 Jahren nur einen approximativen Werth hat, da die wesentliche Aufgabe eines Todtenscheines nur in der Constatirung des Todestages beruht, und daß daher die Beziehung des beigebrachten, das Datum des 24. Septbr. 1780 ausweisenden Geburtsscheines auf den Vater der Justificanten, durch die Differenz einiger Jahre mit der Altersangabe im Todtenscheine, in Ermangelung anderer Argumente für die Annahme einer Personenverwechselung, um so weniger ausgeschlossen wird, als bei den localen Verhältnissen beiderseits Parteien die Gelegenheit, ihre Familien im Auge zu behalten, nicht entrückt gewesen ist, und demnach begründete Zweifel gegen die Identität der Person mit Leichtigkeit hätten näher motivirt werden können, weshalb denn auch dieses **gravamen** keine Berücksichtigung verdient;

in Erwägung dagegen,

ad grav. 4 u. 5, daß vermöge der unterm 2. Jan. 1802 auf die Untergehörigen der adeligen Güter, wo das Sachsenrecht gilt, extendirten Verordnung vom 15. Juni 1742 und Declaration vom 11. Jan. 1745 der seine Ehefrau überlebende Erblasser der Justificaten unzweifelhaft deren **heres mobiliaris** geworden, mithin für die Justificanten kein rechtliches Interesse dabei obwaltet, daß das zu edirende Inventar auf die von der Ehefrau Degenhardt in die Ehe inferirten und die **durante matrimonio** ererbten Mobilien, deren Specification überdies in diesem Falle unverkennbar mit großen factischen Schwierigkeiten verbunden sein würde, ausgedehnt werde, daß vielmehr als die Theilungsmasse zwischen den Justificanten und den vermöge der statutarischen Quarta des Ehemannes Degenhardt concurrirenden Justificaten lediglich die Immobilien und zinsbar belegten Capitalien, auch baare Gelder und sonstige **nomina activa** anzusehen sind, welche von der Ehefrau Degenhardt entweder ihrem Ehemann in die Ehe inferirt, oder von ihr während stehender Ehe ererbt worden sind; sowie

in Erwägung, daß die Justificaten vermöge der scheinbaren Berechtigung aus der Acte vom 6. Febr. 1819 sich unverkennbar **bona fide** im Besitze der fraglichen Theilungsmasse befunden haben, und darum sowie weil eine nicht auf klaren Gesetzen beruhende Rechtsfrage dem Streite zum Grunde liegt, mit Kostenerstattung den angenommenen Proceßgrundsätzen gemäß zu verschonen gewesen wären, wogegen nach der für die **hereditatis petitio** geltenden Regel **fructus augent hereditatem** und nach **l. 20 § 6, l. 28 D. de hered. petitione** (5, 3) die **bonæ fidei possessores** einer Erbmasse allerdings auch für die consumirten Früchte haften, soweit die Erbschaft reicht,

wird hiedurch auf eingelegte Unterinstanzacten und Recesse, wie auch nach stattgehabter mündlicher Verhandlung, von Landgerichtswegen für Recht erkannt:

daß **sententia a qua** des Ahrensburger Justitiariats vom $\frac{28.\ \text{Febr.}}{1.\ \text{März}}$ d. J. dahin zu reformiren:

daß die von den Justificanten, jetzt Appellaten, beschaffte Angabe auf das Proclam über die Nachlassenschaft des weiland Joh. Justus Heinrich Degenhardt zu Ahrensburg insoweit für justificirt zu erachten, daß die Justificaten, jetzt Appellanten, schuldig sind, die von der weiland Ehefrau Johanna Elisabeth Degenhardt, geb. Rindfleisch, ihrem vorgenannten Ehemanne in die Ehe eingebrachten und während stehender Ehe ererbten Immobilien und belegten Capitalien, auch Baarschaften und **nomina activa**, sammt den davon seit dem Todestage der Erblasserin gezogenen Nutzungen und Früchten, nach einem innerhalb sechs Wochen zu edirenden, zu Rechte beständigen Inventare, jedoch unter Kürzung der davon durch ihren Erblasser, den Ehemann Degenhardt, ererbten statutarischen Quart, an die Justificanten, jetzt Appellaten, herauszugeben, unter Compensation sämmtlicher auf diesen Proceß seither verwandten Kosten.

Immaaßen solchergestalt erkannt wird

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. **Publicatum** im Königl. Holsteinischen Landgericht zu Glückstadt, den 6. Juli 1855.

Auf die weitere Appellation der Justificaten an das Königl. Oberappellationsgericht ist die nachstehende Entscheidung erfolgt:

Frederik der Siebente &c.

In Sachen der Erben des weiland Johann Justus Heinrich Degenhardt und der Ehefrau Nicolai, geb. Raspe, **c. c. m.** daselbst, des B. Raspe in Hamburg, der Ehefrau Wolgast, geb. Raspe, **c. c. m.** zu Lauenburg und der Maria Dorothea Lucie, sowie der Anna Constanze Caroline Raspe zu Lauenburg, **per tutores** Kaufmann Haack und Wolgast daselbst, Justificaten, Appellanten und jetzt abermals Appellanten, wider die

Geschwister Conrad, Friederich, Wilhelm und Ernst Bollmeyer, sowie Johanna Gebert, geb. Bollmeyer, zu Wandsbeck, Justificanten, Appellaten und jetzt abermals Appellaten, hauptsächlich wegen ad proclama über die Verlassenschaft des Johann Justus Heinrich Degenhardt angemeldeter Ansprüche an den Nachlaß der Ehefrau des Letzteren, geb. Rindfleisch, jetzt Appellation gegen das Erkenntniß des Holsteinischen Landgerichts vom 6. Juli 1855,

wird, nach verhandelter Sache, unter abschriftlicher Mittheilung der eingezogenen Erklärung der Appellaten,

in Erwägung, daß, während die Justificanten, jetzt Appellaten, die Behauptung aufstellen, daß die Ehefrau ein bedeutendes Vermögen in die Ehe gebracht habe, die Justificaten, jetzt Appellanten, dies nicht bestimmt leugnen, sondern nur erklären, wie sie nicht wissen und nicht glauben, daß die Erblasserin außer einer vollständigen Aussteuer etwas in die Ehe gebracht habe, daß, wenn auch die Justificaten die Wahrheit dieser Behauptung auf Veranlassung der ihnen auferlegten Verbindlichkeit zur Edirung eines Inventars versichern sollten, dadurch dennoch den Justificanten die rechtliche Möglichkeit, die Wahrheit ihrer Angabe zu beweisen, nicht abgeschnitten werden würde, und daß daher im Falle der Führung eines solchen Beweises die Justificaten nach dem angefochtenen Erkenntnisse zur Auskehrung von $^3/_4$ der erwiesenermaaßen von der Erblasserin in die Ehe gebrachten Capitalien 2c. schuldig sein würden, weshalb die von den Appellaten eventuell vorgeschützte Einrede der fehlenden Appellationssumme als nicht begründet erscheint;

in Erwägung, daß die hauptsächliche Beschwerde der Appellanten aus den von dem Landgerichte angegebenen Gründen zu verwerfen ist;

in Erwägung, daß, was die erste eventuelle Beschwerde betrifft, aus den von den Appellaten vorgelegten Urkunden das von denselben behauptete verwandtschaftliche Verhältniß zu der Erblasserin, der Ehefrau Degenhardt, geb. Rindfleisch, nicht hervorgeht, namentlich nicht dargethan worden ist, daß der Vater der Erblasserin, Peter Anton Rindfleisch, und die Großmutter der Appellaten eheleibliche Geschwister gewesen seien; und

in Erwägung, die zweite eventuelle Beschwerde anlangend, daß die Justificaten, sowie auch ihr Erblasser, in Betreff des streitigen Nachlasses der Erblasserin als Besitzer in gutem Glauben zu betrachten sind und deshalb im Falle des Unterliegens in diesem Rechtsstreit Früchte und Nutzungen nur zu erstatten haben werden, insoweit sie dadurch bereichert sind,

hiedurch für Recht erkannt:

daß das angefochtene Erkenntniß des Holsteinischen Landgerichts vom 6. Juli v. J. dahin abzuändern sei:

Könnten und würden die Justificanten, jetzt Appellaten, innerhalb Ordnungsfrist, unter Vorbehalt des Gegenbeweises und der Eide, vor dem Justitiariat des adel. Gutes Ahrensburg beweisen:

daß sie mit der Erblasserin Johanna Elisabeth Degenhardt, geb. Rindfleisch, weiland zu Ahrensburg, im fünften Grade der Civilcomputation verwandt gewesen seien,

so würden nach solchem geführten Beweise die Justificaten, jetzt Appellanten, zu den in dem angegebenen Urtheile des Landgerichts näher verzeichneten Leistungen, jedoch mit der Modification schuldig sein, daß sie die seit dem Todestage der Erblasserin gezogenen Nutzungen und Früchte nur insoweit, als sie dadurch bereichert, herauszugeben haben werden, unter Vergleichung der Kosten dieser und der vorigen Instanz, im Uebrigen unter Aussetzung der Kosten, insoweit nicht etwa bereits rechtskräftig darüber erkannt worden.

Die Kostenrechnung des Anwalts der Appellanten wird auf 50 ℔ 3 ß, die des Procurators auf 6 ℔ 70 ß, die Rechnung des Anwalts der Appellaten wird auf 71 ℔ 39 ß, die des Procurators derselben auf 4 ℔ 80 ß R.-M. festgestellt.

V. R. W.

Urkundlich 2c. Gegeben im Königl. Oberappellationsgericht zu Kiel, den 20. August 1856.

Interpretation eines Erbvertrages. — Der Grundsatz, daß bei den erst nach dem Tode des damit belasteten Erben auszukehrenden Vermächtnissen die Legatare den Tod des Erben erleben müssen, ist auch auf vertragsmäßig angeordnete Vermächtnisse anzuwenden, wenn der Vertrag nicht mit dem Legatar selbst geschlossen worden ist.

In Sachen der Ehefrau Maria Muhl, geb. Mecklenburg, c. cur. m., der Ehefrau Mathilde Noodt, geb. Mecklenburg, c. cur. m., und Therese Andersen,

c. cur., sämmtlich in Hamburg, Provitentinnen, Justificantinnen und Appellantinnen, wider Peter Andreas Maaß in Wilster, den Lieutenant Hans Hinrich v. Maaß in Neumünster, die Wittwe Cecilia Magdalena Lafrentz, geb. Ehlers, in Wilster, c. cur., die Wittwe Margaretha Adelheid Martens, geb. Ehlers, in Itzehoe, c. cur., Provitenten, Justificaten und Appellaten, wegen Justification des ad passus 15, 16 und 17 des Professionsprotocolles zum Suhr'schen Proclam provitirten Erbansprüche, jetzt Appellation gegen das Erkenntniß des Magistrats der Stadt Wilster vom 5./7. September 1854,

ergeben die Acten:

Die Wittwe Margaretha Martens, geb. Ehlers, in Wilster, um deren Nachlaß es sich gegenwärtig handelt, hat vor ihrer Verheirathung mit ihrem späteren Ehemanne Johann Jürgen Suhr in Wilster unterm 20. Juli 1810 eine Eheberedung errichtet, in welcher unter andern in Betreff der Sterbefälle verabredet worden ist, daß, falls der Mann zuerst sterben sollte, die Frau berechtigt sei, von ihrem in die Ehe gebrachten Vermögen gleich 25,000 ℔ v. Cour. eigenthümlich zurückzunehmen, welche 25,000 ℔ v. Cour. nach ihrem später erfolgten Absterben allein an ihre sämmtlichen Erben fallen sollten. Nach dem Tode der Frau ist das Mobiliar rc. zu verkaufen und der Erlös zur Hälfte den Kindern des Mannes, zur Hälfte den sodann vorhandenen sämmtlichen Erben der Frau auszuzahlen. Im Falle die Frau vor dem Manne sterben würde, solle dieser dagegen schuldig sein, in den zweiten Pfingstgeldestagen nach ihrem Tode an ihre sodann vorhandenen sämmtlichen Erben ein für alle Mal die Summe von 23,000 ℔ v. Cour. auszuzahlen und, nachdem damit die Erben abgefunden, alles übrige für sich eigenthümlich behalten. Endlich ist am Schlusse bestimmt, daß, wenn die Ehe mit Kindern gesegnet werde, diese Eheberedungen selbstverständlich aufgehoben seien und dann diejenige Succession und Erbfolge eintrete, welche nach den in Wilster geltenden Gewohnheiten und Rechten stattfinde.

Am 21. Juni 1826 haben die Eheleute Suhr sodann, mit Rücksicht darauf, daß sich die Zeitumstände besonders geändert, die in der obigen Eheberedung enthaltenen Bestimmungen darüber, wie es hinsichtlich der Sterbefälle unter ihnen und in Betreff ihrer Erben gehalten werden solle, gänzlich aufgehoben und darüber Folgendes festgesetzt:

1) Stirbt der Ehemann vor seiner Frau, so mag dieselbe seinen gesammten Nachlaß für ihre Lebzeit in geruhigem Besitze behalten und damit schalten und walten, wie ihr gefällt, ohne seinen beiden Kindern, als seinen dereinstigen Intestaterben, ein Inventar zu errichten oder Caution zu bestellen zu haben.

2) Stirbt die Frau zuerst, so ist dem überlebenden Ehemanne gestattet, ihr ganzes in die Ehe gebrachtes Vermögen auf seine Lebenszeit in Besitz und Genuß zu behalten und sollen erst nach seinem Absterben seine beiden Kinder und Intestaterben schuldig sein, in den erstkommenden Pfingstgeldestagen an ihre sodann vorhandenen nächsten Erben ein für alles die Summe von 20,000 ℔ Cour. oder 10,666⅔ Rbthlr. auszuzahlen.

Die Ehefrau Suhr ist darauf am 22. Octbr. 1828, der Mann am 8. Juni 1853 verstorben, nachdem ihm seine beiden Kinder erster Ehe, ohne Nachkommenschaft zu hinterlassen, im Tode vorangegangen, und ist vom Magistrat der Stadt Wilster über die Nachlaßmasse des Johann Jürgen Suhr unterm 9. Juli s. J. ein Proclam erlassen, worin Alle, welche an den Nachlaß Erb- oder sonstige Ansprüche behaupteten, aufgefordert sind, innerhalb 12 Wochen a dato der letzten Bekanntmachung sub pœna præclusi ihre Angaben zu beschaffen.

Auf dieses Proclam haben sich nun als Erben der Ehefrau Suhr die Appellaten als Geschwisterkinder derselben und sub passu 15—18 die Appellantinnen und Louise Andersen als Enkel des Bruders der Ehefrau Suhr, Jacob Ehlers, angemeldet, indem die Mutter der Appellantinnen, Catharina Ehlers, verwittwete Mecklenburg, zuletzt verehelichte Andersen, nach dem Ableben der Ehefrau Suhr, aber vor dem Tode des Johann Jürgen Suhr, verstorben ist. In dem nach Abschluß des Professionsprotocolles vor dem Magistrat zu Wilster abgehaltenen Termin haben nun die Appellaten als Geschwisterkinder die Erbberechtigung der einen Grad entfernter stehenden Enkel des Jacob Ehlers mit Rücksicht auf die obigen Eheberedungen nicht anerkennen wollen, und ist unter den Partoien die Vereinbarung getroffen, daß in Betreff der streitigen Erbansprüche der entfernteren Verwandten diese die Rolle der Kläger, die Appellaten die Rolle der Beklagten übernehmen sollten.

Demgemäß haben die Appellantinnen und Louise Andersen in Hamburg zur Justification ihrer Ansprüche bei dem Magistrat der Stadt Wilster eine Klage eingereicht, in welcher sie ausgeführt, daß nach Maaßgabe der oben dargestellten Verwandtschaftsverhältnisse der Nachlaß ab intestato nach drei Stämmen zu ererben stehe, worin auch durch die errichteten Ehepacten keine Abänderung getroffen worden sei, und ist schließlich um ein Erkenntniß dahin gebeten:

daß sie bei der nach drei Stämmen zu vertheilenden Verlassenschaft der Ehefrau Margaretha

Suhr, geb. Ehlers, verwittwet gewesenen Martens, den dritten Stammtheil des Jacob Ehlers, ihres Großvaters, also jeder $^1/_{12}$ des beregten Nachlasses, zu fordern berechtigt, unter Verurtheilung der Justificaten in die Kosten.

Excipiendo haben die Appellaten zuvörderst eingeräumt, daß, wenn sofort beim Ableben dee Erblasserin die gesetzliche Erbfolge hätte eintreten können, die Erbschaft nach Stämmen hätte getheilt werden müssen, dies sei aber nicht der Fall gewesen, vielmehr sei in der Acte vom 21. Juni 1826, welche eine letztwillige Disposition enthalte und deren Rechtsgültigkeit nicht angefochten worden, bestimmt, daß zuvörderst der Ehemann im Besitz des Nachlasses bleiben und nach seinem Tode in den erstkommenden Pfingstgeldestagen an die sodann vorhandenen nächsten Erben eines für alles 20,000 ℳ v. Cour. ausbezahlt werden sollten. Es könue demnach nur zweifelhaft sein, ob die Erben, um zur Perception zu gelangen, nicht sogar diese Pfingstgeldestage erleben müßten, obgleich überwiegende Gründe dafür sprechen dürften, daß die Gradesnähe nach dem Zeitpunkt des Absterbens des J. J. Suhr habe berechnet werden sollen, die Mutter der Appellantinnen sei aber noch vor dem J. J. Suhr verstorben und seien daher zur Zeit seines Ablebens die Appellaten die alleinigen nächsten Erben gewesen und schlössen deshalb die einen Grad entfernter stehenden Appellantinnen aus.

Nachdem inzwischen die Mitprofitentin Louise Andersen zurückgetreten und ihre Angabe auf das Suhrsche Proclam hat deliren lassen, ist nach stattgehabter Verhandlung vom Magistrat unterm 5. Septbr. 1854 erkannt:*)

daß die Angaben der Justificantinnen für justificirt nicht zu erachten, selbige daher zur Erbnahme nach der verstorbenen Margaretha Suhr, geb. Ehlers, verwittwet gewesenen Martens, nicht zuzulassen, vielmehr ihre desfälligen Angaben im Angabeprotocoll über die Suhr'sche Verlassenschaft wiederum zu deliren stehen, **comp. exp.**

Gegen dieses Erkenntniß haben die Justificantinnen das Rechtsmittel der Appellation eingewandt, die üblichen Solemnien prästirt und folgende Beschwerden gestellt:

1) daß, wie geschehen, und nicht vielmehr dahin erkannt, daß Justificantinnen berechtigt, bei der nach drei Stämmen zu theilenden Verlassenschaft der Ehefrau Suhr den Stammtheil des Jacob Ehlers und also, nun ihre Mitprofitentin Louise Andersen ausgefallen, jede $^1/_9$ beregter Verlassenschaft in Anspruch zu nehmen, unter Verurtheilung der Justificaten in die Kosten des Justificationsverfahrens;
2) **event.** daß den Justificantinnen nicht vorläufig $^1/_{12}$ der gedachten Verlassenschaft zugesprochen, unter Vorbehalt der Entscheidung darüber, wem das andere Zwölftheil der Louise Andersen zuzuweisen sei;
3) **event.** daß nicht auf einen Beweis nach Lage der Acten erkannt sei;

und steht demnach zur Frage, ob und in wie weit diese Beschwerden begründet sind.

In Erwägung nun, daß zwischen den Parteien lediglich streitig ist, ob durch die Eheberedungen vom 20. Juli 1810 und 21. Juni 1826, insonderheit aber die letztere, die gesetzliche Intestaterbfolge abgeändert worden ist oder nicht, dabei aber zuvörderst die Frage zu erörtern ist, ob die Ehefrau Margaretha Suhr durch die ihrerseits getroffenen Anordnungen überall die Absicht dargethan hat, hinsichtlich der Erbfolge etwas festzusetzen;

in Erwägung, daß in der Acte vom 21. Juni 1826 allerdings bestimmt ist, daß die Intestaterben des überlebenden Ehemannes 20,000 ℳ v. Cour. in den erstkommenden Pfingstgeldestagen an die sodann vorhandenen nächsten Erben der Ehefrau auszahlen sollen, diese Worte aber um so weniger geeignet erscheinen können, den Richter zu überzeugen, daß die Erblasserin den Willen gehabt, nach dem Tode ihres Ehe-

---

*) Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß in der unterm 21. Juli 1826 errichteten Abänderung der Ehepacten der Eheleute Joh. Jürg. Suhr und Margr. Suhr, geb. Ehlers, aus welcher ebenfalls die Ansprüche der Justificantinnen auf Theilnahme an den darin für die bestimmten Erben der Frau ausgesetzten 20,000 ℳ, jetzt 10,666⅔ ꝶ R.-M., hergeleitet worden, im § 3 mit klaren Worten disponirt ist, daß die fraglichen 20,000 ℳ, jetzt 10,666⅔ ꝶ R.-M., in den erstkommenden Pfingstgeldestagen nach dem Tode des J. J. Suhr an die sodann (also zur Zeit des Todes des J. J. Suhr oder in den ersten darauf folgenden Pfingstgeldestagen) vorhandenen nächsten Erben der zuerst verstorbenen Frau ausbezahlt werden sollen, — daß ferner zur Zeit des Todes des J. J. Suhr sowohl, als in den darauf gefolgten Pfingstgeldestagen, die Justificaten P. A. Maaß & Cons. die nächsten Erben der verstorbenen Ehefrau Suhr, gebornen Ehlers, gewesen sind, indem sie im dritten Grade der Verwandschaft zu ihr stehen, wogegen die Justificantinnen nur im entfernteren vierten Grade solcher Verwandtschaft stehen, mithin der Disposition der Ehepacte gemäß von der Theilnahme an der darin ausgesetzten Summe ausgeschlossen sind.

mannes den zu diesem Zeitpunkt im nächsten Grade der Verwandtschaft stehenden Erben, mit Ausschluß der übrigen, die ganze Verlassenschaft zuzuwenden, als das Wort „sodann," wenn man demselben einmal einen dispositiven Charakter beilegen will, nicht auf die Zeit des Ablebens des J. J. Suhr, sondern auf die erstkommenden Pfingstgeldestage bezogen werden muß, was, wie von den Appellaten selbst **in inferiori** eingeräumt ist, eine höchst ungewöhnliche Bestimmung ergeben würde, daß vielmehr aus dem ganzen Zusammenhange der Beredung vom 21. Juni 1826 hervorgeht, daß die beiden Eheleute beabsichtigt haben, sich gegenseitig nach ihrem Tode den Nießbrauch ihres Vermögens zu vermachen und Bestimmungen über die demnächstige Auseinandersetzung der Erben unter einander zu treffen und daß anzunehmen steht, daß eben so wenig, wie der Ehemann die Intestaterbfolge hat ändern wollen, dieses die Absicht der Frau gewesen sein wird, die Worte: „sodann vorhandene" nächste Erben daher als ein bloßer Pleonasmus anzusehen sind, wie solche denn auch in der Eheberedung vom 20. Juli 1810 zwei Mal in eben dieser Weise gebraucht sind, indem von dem tödlichen Hintritt der Ehefrau und ihren sodann vorhandenen Erben gesprochen wird;

in Erwägnng, daß gegen diese Auffassung aus dem in der Eheberedung vom 20. Juli 1810 enthaltenen Passus, daß, im Falle Kinder geboren würden, die vorhergehenden Verabredungen wegfällig seien und die Erbfolge nach den geltenden Rechten und Gewohnheiten eintreten solle, kein **argumentum a contrario** hergenommen werden kann, da hiermit nichts Anderes gemeint sein wird, als daß in diesem Falle die offenbar für den überlebenden Ehemann sehr günstigen Bestimmungen hinsichtlich der Berechnung des abzuliefernden Vermögens aufgehoben sein sollten;

in Erwägung, daß solchemnach, da eine Absicht der Ehefrau Suhr, die gesetzliche Erbfolge zu ändern, aus den fraglichen Eheberedungen überall nicht hervorgeht, die Frage, ob dieselbe eventualiter in rechtsbeständiger Weise dargethan sein würde, nicht weiter erörtert zu werden braucht und die Erbansprüche der Appellantinnen daher als begründet anzuerkennen sind;

in Erwägung endlich, daß, wenn von mehreren Miterben Einer nicht Erbe wird, ohne daß ein Anderer an seine Stelle tritt, die vacante Portion den Miterben accrescirt, wie wenn dem Ausfallenden nicht deferirt worden wäre, und daher, nachdem die Mitprovocantin Louise Andersen zurückgetreten, die übrigen Justificantinnen berechtigt sind, jede 1/6 der Verlassenschaft der Ehefrau Margaretha Suhr in Anspruch zu nehmen, die erste Beschwerde sich daher als begründet darstellt;

wird, auf eingelegte Recesse und Unterinstanzacten, nach stattgehabter mündlicher Verhandlung, in Erwägung vorstehender Gründe, hiedurch von Obergerichtswegen für Recht erkannt:

> daß, unter Compensation der durch die eingewandte Appellation erwachsenen Kosten und Remittirung der Sache an die Unterinstanz, das angefochtene Erkenntniß des Magistrats vom 5. September 1854 dahin zu reformiren:
>
> > daß Justificantinnen berechtigt seien, bei der nach drei Stämmen zu theilenden Verlassenschaft der Ehefrau Margaretha Suhr, geb. Ehlers, verwittwet gewesenen Martens, den Stammtheil des Jacob *Ehlers und also*, nachdem ihre Mitprovocantin Louise Andersen zurückgetreten, jede 1/6 dieser Verlassenschaft in Anspruch zu nehmen, unter Verurtheilung der Justificaten in die durch das Justificationsverfahren erwachsenen Kosten, deren Verzeichnung und Ermäßigung vorbehältlich.

Wie denn solchergestalt hierdurch erkannt wird

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 11. Septbr. 1855.

(Der Beschluß folgt.)

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

41. Stück. Den 13. October 1856.

Entscheidungen.

Interpretation eines Erbvertrages. — Der Grundsatz, daß bei den erst nach dem Tode des damit belasteten Erben auszukehrenden Vermächtnissen die Legatare den Tod des Erben erleben müssen, ist auch auf vertragsmäßig angeordnete Vermächtnisse anzuwenden, wenn der Vertrag nicht mit dem Legatar selbst geschlossen worden ist.

(Beschluß.)

Hiergegen haben die Justificaten an das Königliche Holstein-Lauenburgische Oberappellationsgericht appellirt, von welchem das nachstehende reformatorische Erkenntniß abgegeben worden ist:

Frederik der Siebente &c.

In Sachen des Bürgers Peter Andreas Maaß in Wilster, des Lieutenants Hans Heinrich v. Maaß in Neumünster, der Wittwe Margaretha Adelheid Martens, geb. Ehlers, in Itzehoe c. cur., der Wittwe Cicilia Magdalena Lafrentz, geb. Ehlers, in Wilster c. cur. und der Wittwe Catharina Martens, geb. Ehlers, in Itzehoe c. cur., Justificaten, jetzt Appellanten, wider die Ehefrau Margaretha Muhl, geb. Mecklenburg, die Ehefrau Mathilde Noodt, geb. Mecklenburg, und Therese Andersen c. cur., sämmtlich in Hamburg, Justificantinnen, jetzt Appellatinnen, wegen Justification von Erbansprüchen, jetzt Appellation gegen das Erkenntniß des Holsteinischen Obergerichts vom 11. September 1855,

wird, nach verhandelter Sache, unter abschriftlicher Mittheilung der eingezogenen Gegenerklärung der Appellatinnen an die Appellanten,

in Erwägung

1) daß in dem § 2 der Ehepacten, welche der am 8. Juni 1853 mit Tode abgegangene Goldschmidt Johann Jürgen Suhr in Wilster mit seiner bereits am 22. October 1828 verstorbenen Ehefrau Margaretha, geb. Ehlers und verwittwet gewesenen Martens, unterm 20. Juli 1810 abgeschlossen hatte, dem Ehemann für die Zeit des Bestehens der Ehe zwar nur der Nießbrauch und die Verwaltung des Vermögens seiner Frau eingeräumt worden, dagegen im § 7 bestimmt ist:

> „Sollte — — — — ich, die künftige Ehefrau, vor meinem künftigen Ehemann versterben und er also der Längstlebende sein, so soll derselbe schuldig und verpflichtet sein, in den zweiten Pfingstgeldestagen nach meinem Absterben an meine sodann vorhandenen sämmtlichen Erben eins für alles die Summe von 23,000 ℔. in Obligationen, guten Wechseln oder baarem Gelde, jedoch ohne Zinsen, auszuzahlen. Nach Auszahlung der 23,000 ℔. sollen sodann meine Erben von meinem Nachlaß gänzlich abgefunden sein und alles Uebrige, was noch vorhanden sein wird, es bestehe in Capitalien, Mobilien oder sonstigen Gütern und worin es wolle, dieses alles soll mein künftiger Ehemann zum alleinigen Eigenthum haben und behalten";

in Erwägung

2) daß es nach dem vorstehenden Inhalt des besagten § 7 keinem Zweifel unterliegt, daß darin ein Erbvertrag enthalten war, welchem zufolge der Ehemann für den Fall des Ueberlebens der Universalerbe seiner Ehefrau und alleiniger Eigenthümer ihres Nach-

lasses sein sollte, blos mit der Verpflichtung, 23,000 ℔ an die Erben der Frau auszuzahlen, und daß daher diese 23,000 ℔ lediglich als ein vertragsmäßig angeordnetes Legat an die Erben der Frau aufzufassen sind;

in Erwägung

3) daß der § 7 der Ehepacten vom 20. Juli 1810 freilich im § 1 des von den Eheleuten Suhr unterm 21. Juli 1826 errichteten ferneren Vertrages aufgehoben, jedoch im § 3 dieses Vertrages, so anfangend:

> „Sollte — — — ich, die Ehefrau, — — — zuerst versterben und mein Ehemann Johann Jürgen Suhr mich überleben, so verstatte und verwillige ich cum curatore es ihm, daß er mein ganzes in die Ehe gebrachtes Vermögen, es bestehe in Capitalien, Mobilien oder sonstigen Gütern, und mag es Namen haben, wie es wolle, ohne alle Ausnahme, auf seine ganze Lebenszeit in Besitz und Genuß behalten möge, und sollen erst nach seinem dereinstigen Absterben seine beiden Kinder und Intestaterben schuldig und gehalten sein, in den erstkommenden Pfingstgelbestagen an meine sodann vorhandenen nächsten Erben eins für alles die Summe von 20,000 ℔ Cour. oder 10,666⅔ Rthlr. in Obligationen, Kaufbriefen oder Wechseln, so wie sie von mir in die Ehe gebracht sind, auszuzahlen",

größtentheils wieder hergestellt ist, da hierin nur die Aenderung gefunden werden kann, daß das Legat an die Erben der Frau jetzt nur noch 20,000 ℔ betragen und nicht gleich nach dem Tode der Frau, sondern erst nach dem Tode des Mannes, ausgezahlt werden soll, aber nichts darauf hindeutet, daß dem Manne sein vertragsmäßiges Erbrecht hat entzogen werden sollen, indem die Bestimmung: der Mann möge das ganze Vermögen der Frau auf seine ganze Lebenszeit im Besitz und Genuß behalten, unverkennbar nur darauf geht, daß er nicht gehalten sein solle, das Legat schon bei seinem Leben auszuzahlen, sondern den sämmtlichen Nachlaß, so lange er lebe, unvermindert behalten dürfe, mithin nicht von einer Herabsetzung des Rechts des überlebenden Mannes auf den bloßen Nießbrauch verstanden werden kann, wogegen daraus, daß die nächsten Erben der Frau mit 20,000 ℔ gänzlich abgefunden sind und daß diese Summe von den Intestaterben des Mannes ausgezahlt werden soll, hervorgeht, daß der Mann Vertragserbe der Frau hat bleiben sollen, und daß folglich auch nach dem § 3 des Vertrages vom 21. Juli 1826 die mit 20,000 ℔ bedachten nächsten Erben der Frau diese nicht beerben, sondern als bloße Legatare betrachtet werden müssen;

in Erwägung

4) daß bei Vermächtnissen, welche erst nach dem Tode des damit belasteten Erben auszukehren sind, die Legatare den Tod des Erben erleben müssen, und die vorher gestorbenen Legatare, selbst wenn es bestimmte benannte Personen waren, den Anspruch auf das Vermächtniß, welchen sie gar nicht erworben haben, nicht auf ihre Successoren übertragen,

l. 4 pr. D. quando dies (36, 2),

l. 1 § 2, l. 79 § 1 D. de condit. et demonstrat. (35, 1),

l. 12 § 1 D. de legatis II. (31),

um so mehr also, wo, wie hier, ungewisse Personen, nämlich die dereinstigen nächsten Erben des Erblassers, zu dem Vermächtniß berufen sind, nur diejenigen Verwandten desselben das Vermächtniß erwerben können, welche beim Tode des onerirten Erben noch vorhanden sind und die nächsten Erben des Erblassers sein würden, früher verstorbene Verwandte und deren Successoren dagegen nicht in Betracht kommen, wenn sie auch zu irgend einem früheren Zeitpunkt die nächsten gewesen wären, oder wenigstens gleiches Erbrecht mit andern gehabt hätten;

in Erwägung

5) daß diese allerdings nur für die in einseitigen letzten Willensordnungen enthaltenen Vermächtnisse ausgesprochenen Grundsätze unbedenklich *auch auf* vertragsmäßig angeordnete Vermächtnisse anzuwenden sind, wenn der Vertrag nicht mit dem Legatar selbst geschlossen, sondern die Anordnung in einem Erbvertrage mit einem Dritten geschehen ist, indem alsdann die Anordnung, im Verhältniß zum Legatar, ebenfalls nur als eine einseitige Verfügung, woraus er unmittelbar keine Rechte erwirbt, gelten kann;

in Erwägung

6) daß dies Ergebniß auch den von der Ehefrau Suhr im § 3 des Vertrages vom 21. Juli 1826 gebrauchten Worten entspricht, die hier vorkommenden Worte „sodann vorhandenen" aber nicht für einen bloßen Pleonasmus zu halten sind, da es sich sehr wohl denken läßt, und sogar als der natürliche Sinn dieser Worte erscheint, daß dadurch gerade der Zweifel hat beseitigt werden sollen, ob die Ehefrau Suhr unter ihren nächsten Erben diejenigen verstanden wissen wollte, welche zur Zeit ihres Todes, oder diejenigen, welche zur Zeit der Fälligkeit des Legats die nächsten sein würden; und

in endlicher Erwägung

7) daß, sobald auf den Zeitpunkt des Todes des Ehemannes Suhr zu sehen ist, die Justificaten und Appellanten den Justificantinnen und Appellatinnen

vorgehen, weil sie nicht bloß näher mit der Erblasserin verwandt sind als diese, sondern auch, unter Voraussetzung einer 1853 eingetretenen Beerbung der Erblasserin, durch deren Verwandte, nach dem in Wilster geltenden Lübschen Recht, die Appellatinnen von der Succession ausgeschlossen hätten, also auch nähere Erben gewesen wären, und daß daher die erste Beschwerde der Appellanten sich als begründet darstellt,

hiemit für Recht erkannt:

daß das angefochtene Erkenntniß des Holsteinischen Obergerichts aufzuheben und das Erkenntniß des Magistrats der Stadt Wilster vom 5. September 1854 wieder herzustellen sei, unter Vergleichung sämmtlicher Kosten, soweit nicht bereits rechtskräftig darüber erkannt worden ist.

Die Ansätze des Anwaltes und Procurators der Appellanten werden zu 39 ℛ 16 β R.-M., die des Anwaltes der Appellatinnen zu 62 ℛ 78 β R.-M. und die ihres Procurators zu 3 ℛ 8 β R.-M. bestimmt.

V. R. W.

Urkundlich &c. Gegeben im Königl. Oberappellationsgerichte zu Kiel, den 1. September 1856.

Besitzstreit über ein zu den Dorfsgemeinheiten gehöriges Moor. — Einrede der Litispendenz.

In Sachen Marx Rohwer, Johann Mehrens und Hans Stehlen, als Bevollmächtigte der Dorfschaft Bargstedt und deren Eingesessenen, Kläger, wider das Königl. Obersachwalteramt, Beklagten, betreffend die Verletzung des angeblichen Besitzrechtes am Bargstedter Moor;

ergeben die Acten:

Die unbestrittene Thatsache, daß im Mai 1850 dem A. Habs in Bargstedt, dem Thienbütteler Eingesessenen Butenschön und verschiedenen in der Klage namhaft gemachten Nortorfer Eingesessenen durch Forstbeamte Torf auf dem Bargstedter Moore angewiesen worden, hat die Veranlassung gegeben zu der im März 1851 von der Dorfschaft Bargstedt erhobenen Klage, deren petitum dahin geht, „daß die Staatsregierung schuldig erkannt werde, den in Folge der Anweisung von den genannten Personen auf dem Bargstedter Moore gegrabenen Torf zu restituiren, event. den verursachten Schaden zu erstatten, sich später weiterer Torfanweisung vom Moore zu enthalten und die Bargstedter in ihrem Besitz des Moores nicht ferner zu stören." Zur näheren Begründung dieses Antrages führen Kläger eine Reihe von Thatsachen an, durch welche die Ausübung des nach ihrer Behauptung auf Seiten der Dorfschaft schon seit vielen Jahren stattgehabten Besitzes an dem ganzen Moore in die Erscheinung getreten sein soll, als namentlich, daß die Bargstedter immer ohne Anweisung Torf auf dem Moore gegraben, daß dabei nach einer bestimmten Regel, deren Ursprung über Menschengedenken hinausreiche, in der Weise verfahren worden, daß die Hufen und Kathen ihre durch Gräben und sonstige Kennzeichen von einander abgegränzten Landstrecken gehabt, auf denen sie immer den Torf gegraben, und ebenfalls der Schule und den Käthnern ohne Land bestimmte Plätze zum Torfgraben angewiesen worden; daß die Staatsregierung zwar seit dem Jahre 1845 den Versuch gemacht, den Bargstedtern Torf anzuweisen, daß letztere sich aber auf keine Anweisung eingelassen, auch aller vom Rendsburger Amthause erlassenen Pönalmandate ungeachtet fortgefahren wären, ohne Anweisung Torf zu graben, die Brücherkenntnisse des Amthauses aber vom Obergerichte wieder aufgehoben seien; daß ferner die Bargstedter mehrere Abzugsgräben durchs Moor gezogen hätten; daß das Moor von dem Vieh der Bargstedter, welche einen Dorfshirten gehalten, beweidet worden; daß die Bargstedter von je her auf dem Moore Haide gemäht hätten und daß ein Theil des Moores, genannt der Hellmoor, zum Zweck des Haidemähens unter die Dorfseingesessenen aufgetheilt sei, welche die Gränzen ihrer Antheile durch Pfähle und Steine bezeichnet hätten; daß in den Jahren der Jagdfreiheit die Bargstedter auf dem Moore gejagt, namentlich auch zwei große Treibjagden abgehalten; daß in früheren Jahren Eingesessene des Dorfs auf dem Moore Korn gebaut hätten; daß, wenn früher Thienbütteler und Nortorfer Eingesessene an der östlichen Seite auf dem Moore Torf gegraben und Haide gemäht hätten, dies darin seinen Grund habe, daß die Gränze nach der Nortorfer und Thienbütteler Seite hin ungewiß gewesen und erst im Jahre 1847 durch den damaligen Landcommissair Prehn fixirt und durch Pfähle bezeichnet worden und daß später wiederholt den Thienbüttlern und Nortorfern, wenn sie Torf gegraben oder Haide gemäht, der Torf oder die Haide von Bargstedter Einwohnern weggenommen oder vernichtet worden; daß das Obergericht durch Aufhebung eines vom Rendsburger Amthause wider den Hufner Thun und den Schmidt Pöhls aus Bargstedt, welche dem Thien-

büttler Eingesessenen Glindemann auf dem Moore gegrabenen Torf weggenommen, abgesprochenen Erkenntnisses die Handlungsweise der Bargstedter als eine befugte anerkannt habe; daß die Bargstedter ferner innerhalb der gezogenen Gränzlinie einen Gränzgraben gezogen; daß sie dem Befehl des Rendsburger Amthauses, diesen Graben wieder zuzuwerfen, keine Folge gegeben, auch gegen das Verfahren des Amthauses beim Obergerichte Schutz gefunden; daß die Bargstedter die Pfähle, welche der Landcommissair Prehn zur Bezeichnung einer mitten durchs Moor gezogenen Halbirungslinie habe setzen lassen, wieder ausgerissen und daß das vom Amthause desfalls abgegebene Brüchererkenntniß zwar vom Obergerichte wie dem Oberappellationsgerichte bestätigt worden, jedoch lediglich aus dem Grunde, weil die Bargstedter durch das Eingraben der fraglichen Pfähle auf keine Weise in ihren Rechten oder ihrem etwanigen Besitzstande verletzt worden seien; daß die Bargstedter wiederholt gegen Einwohner, welche auf dem Moore ihnen von Forstbeamten, jedoch ohne Auftrag der Rentekammer, angewiesenen Stellen Torf hätten graben lassen, Processe geführt; daß sie den einen dieser Processe gewonnen und daß der ungünstige Ausgang der übrigen Processe die Folge eines von den Beklagten abgeleisteten Eides gewesen, auch dem Umstande zuzuschreiben sei, daß es damals noch an einer festen Gränzbestimmung gefehlt habe.

Außer der allgemeinen Bemerkung, daß das Bargstedter Moor viele Spuren menschlicher Thätigkeit aufzuweisen habe, welche alle von den Bargstedtern herrührten, wird ferner auch noch von den Klägern hervorgehoben, daß im Jahre 1780 bei der Verhandlung über die Austheilung die Bargstedter die Hälfte des Moores hätten abtreten wollen, damals also das ganze Moor besessen hätten, die Abtretung der Hälfte aber nicht erfolgt sei, sowie endlich, daß im Jahre 1818 der Hausvogt Heins sich amtlich dahin ausgesprochen habe, daß den Bauern des Amtes Rendsburg ein **dominium utile** an den Möören zustehe, welche auch seit unvordenklicher Zeit in ihrem Besitz wären.

In der Klage wird endlich wegen des Verfahrens auf die Verordnung vom 13. Novbr. 1797 Bezug genommen und um Anstellung einer Localbesichtigung und Vernehmung der dominirten Zeugen gebeten.

In einem Nachtrag zur Klage hat die Dorfschaft noch vorgestellt, daß in den letzten Tagen des Märzmonats 1851 die Nortorfer Peters, Blinck und Lucht auf Anordnung des Försters Wommelsdorf sechs 15 Ruthen lange Gräben auf dem Bargstedter Moor gegraben, die Bargstedter diese Gräben aber wieder zugeworfen hätten. Ferner habe im Frühjahr s. J. Stahmer in Thienbüttel Haide auf dem Moore gemäht und hätten die Bargstedter die Haide zerstreuet und in Moorkuhlen geworfen. Hierüber habe das Amthaus officielle Untersuchungen eingeleitet und Brüchen erkannt, gegen welche die Bargstedter indessen an das Obergericht supplicirt hätten. Endlich hätten der Hausvogt und der Hegereiter im Mai 1851 den Bargstedtern Moor auszuweisen gesucht, wogegen dieselben protestirt hätten, nur Claus Hobs habe sich, wie schon früher, Torf anweisen lassen. Alle diese Handlungen seien Eingriffe in den Besitz des Moores und hätten die Syndici der Dorfschaft der gezogenen Gräben wegen gegen den Hegereiter beim Finanzdepartement Klage geführt, worauf noch kein Bescheid erfolgt sei. Der Besitz der Bargstedter sei gestört, aber nicht aufgehoben und die Bitte daher gerechtfertigt, daß der Staatsregierung die ferneren Besitzstörungen **ref. exp.** untersagt werden möchten.

Das Königl. Obersachwalteramt hat in der unterm 29. Juni 1851 eingegangenen Erklärung zunächst opponirt die Einrede der unrichtig gemachten Proceßart, weil die Vorschriften der Verordnung vom 13. Jan. 1797 nicht beobachtet und nicht **in possessorio ordinario** geklagt worden sei, sowie ferner die Einrede der Litispendenz gestützt darauf, daß, wie es dem Obergerichte bekannt sei, gegen zwei Erkenntnisse des Obergerichts, das Bargstedter Moor betreffend, vom Obersachwalteramt die Supplication an das Oberappellationsgericht eingelegt und bei der Verfolgung der Besitz des Moores aufs Entschiedenste geleugnet worden.

Sodann hat das Obersachwalteramt seine Einlassung mit einem Rückblick auf die Geschichte und die rechtlichen Verhältnisse der Gemeinheiten und der Mööre, insbesondere auch des Bargstedter Moores, begonnen,*) hat dabei darauf hingewiesen, wie in der Verordnung vom 19. Novbr. 1771 und auch schon in älteren Verfügungen die Gesetzgebung die Gemeinheiten und insbesondere auch die Mööre des Amtes Rendsburg als im Eigenthum des Staats stehende Territorien angesehen, an welchen die Dorfschaften nur Weidegerechtigkeiten oder andere Servituten, nicht aber das Eigenthum zuständen, hat ferner, Bezug nehmend auf die mit der Dorfschaft Bargstedt in den Jahren 1780 und 1784 über die Austheilung gepflogenen Verhandlungen und die darüber erwachsenen Protocollen hervorgehoben, daß bei diesen Verhandlungen das Bargstedter Moor nur mit Beziehung auf die Weidegerechtigkeit der Dorfschaft in Berücksichti-

*) Einen Extract aus der Exceptionsschrift des Obersachwalteramts lassen wir im nächsten Stücke folgen.

gung gekommen, hat weiter, unter Hinweisung auf einen mit der Dorfschaft Bargstedt über die Regulirung des Moores im Jahre 1839 von dem Landcommissair Prehn unter Vorbehalt der Allerhöchsten Genehmigung getroffenen Vereinbarung, von der jedoch mehrere Bargstedter später willkürlich zurückgetreten wären, bemerklich gemacht, wie derzeit wenigstens den Bargstedtern der Gedanke noch ferne gelegen, daß sie für sich das Eigenthum des Moores in Anspruch nehmen könnten, und hat dann endlich mit dem Bemerken, daß die Dorfschaft gewisse Nutzungsrechte, und namentlich die Berechtigung zum Torfstich, wie zur Weide, als Servituten nicht streitig gemacht werde, von derselben nunmehr aber der Besitz an der Substanz in Anspruch genommen werde, im Einzelnen näher dargelegt, wie die in der Klage angeführten Thatsachen als concludente facta für einen die Staatsregierung ausschließenden Besitz nicht angesehen werden könnten.

Indem endlich auch noch verschiedene Thatsachen als mit der Behauptung der Kläger im Widerspruch stehend hervorgehoben worden, richtet das Obersachwalteramt seinen Antrag auf Abweisung der Klage **ref. exp.**

Nach bis zur Duplik stattgehabtem Schriftenwechsel ist der Bitte der Kläger gemäß eine obergerichtliche Commission zur Vornahme der Localbesichtigung sowie zur Vernehmung der Zeugen ernannt worden, und nachdem auf den gegen dies proceßleitende Decret des Obergerichts eingewandten Recurs ein abschläglicher Bescheid ertheilt war, hat die Commission die Localbesichtigung angestellt, auch die von beiden Seiten denominirten Zeugen vernommen.

Da nun die Grundlosigkeit der vorgeschützten Einrede der Litispendenz, ganz abgesehen davon, daß die Sachen, auf deren Anhängigkeit in der Recursinstanz beim Oberappellationsgerichte das Obersachwalteramt diese Einrede in seinen Exceptionalien stützte, durch inzwischen abgegebene Bescheide bereits ihre definitive Erledigung gefunden haben, sich schon aus der Betrachtung ergiebt, daß die Erkenntnisse des Obergerichts, gegen welche das Obersachwalteramt den Recurs an das Oberappellationsgericht eingelegt hatte, im Officialverfahren behandelte Contraventionsfälle, auch andere Personen wie die gegenwärtigen Parteien, betrafen und übrigens auch in gar keinem präjudiciellen Verhältniß zu dem gegenwärtigen Proceß standen; — da ferner, was die Einrede der unrichtig gewählten Proceßart betrifft, das von den Klägern eingeleitete Verfahren den Vorschriften der Verordnung vom 13. Jan. 1797 entsprechend ist, übrigens auch vom Obersachwalteramte gar nicht näher angedeutet worden, in welchen Beziehungen sich seiner Ansicht nach die Kläger wesentliche Abweichungen von dem in dem allegirten Gesetze normirten Verfahren verstattet haben, und da endlich, wenn auch zugegeben werden mag, daß zur Herbeiführung einer definitiven Entscheidung über den in Anspruch genommenen Besitz des Moores, wie solche allerdings dem Klagantrage zufolge wohl beabsichtigt worden, sich das gewählte summarische Verfahren nicht eignen dürfte, doch jedenfalls das dem Verlangen der Kläger zum Fundamente dienende thatsächliche Material für die Beurtheilung der Frage, ob der Dorfschaft der Besitz des Moores, wenn auch nur vorläufig, durch eine provisionelle Verfügung wird zugesprochen werden dürfen, der richterlichen Prüfung zu unterziehen ist, weil in dem weitergehenden Antrag der Klage auch dies als das Wenigere mit enthalten ist und also eine Abweisung der Klage nur unter der Voraussetzung erfolgen kann, daß auch selbst für eine auch nur provisionelle Verfügung kein ausreichender Grund vorliegen möchte, — so steht zur Frage:

> ob auf Grundlage der für den thatsächlichen Inhalt der Klage beigebrachten Bescheinigungen der klagenden Dorfschaft, wenn auch nur provisorisch, der Besitz des Moores wird zugesprochen werden können?

In Erwägung nun, daß die klagende Dorfschaft, der gewisse Nutzungsrechte an dem Moore zugestanden werden, die Klage nicht angestellt hat, weil sie sich durch die Torfanweisungen oder durch andere Handlungen der Forstbeamten in der Ausübung von Servituten beeinträchtigt findet, vielmehr zur Klage geschritten ist, weil sie keine bloße **juris quasi possessio**, sondern den ausschließlichen Besitz des Moores für sich glaubt in Anspruch nehmen zu können, und daraus die Berechtigung entlehnt, jede anderweitige Einwirkung auf das Moor ausschließen, auch namentlich alle Dispositionen der Landesregierung über die Substanz des Moores als unzulässige Eingriffe in den Besitz bezeichnen zu dürfen;

in Erwägung, daß, wenn auch in dem gegenwärtigen Besitzprocesse die Rechtsfrage, ob dem Staate das Eigenthum an dem Bargstedter Moor zusteht, nicht zur Entscheidung kommen kann, doch auch selbst in diesem Verfahren, wo lediglich zu untersuchen sein wird, ob das factische Verhältniß, in welchem die Dorfschaft zu dem Moore gestanden, wirklich bisher der Art gewesen, daß es für unbedenklich wird erachtet werden können, der Dorfschaft, sei es auch nur interimistisch, der Staatsregierung gegenüber den Besitz des Moores zuzusprechen, die in der Verordnung vom 19. November 1771 (cf. insbes. § 11) ausgesprochene, auch schon älteren Verfügungen zum Grunde

liegende, allgemeine Regel, wornach an den zu den verschiedenen Dorfschaften gehörigen Haiden, Busch und Moorweiden, wie auch Mören, den s. g. Gemeinheiten, der einzelnen Dorfschaft nur ein Nutzungsrecht, dem Staat aber das Eigenthum an dem Grund und Boden zusteht, nicht unbeachtet bleiben darf;

in Erwägung, daß die erhobene Klage sich nicht stützt auf Handlungen des Besitzerwerbes, es vielmehr gänzlich unerörtert läßt, in welcher Weise die Dorfschaft zu dem von ihr in Anspruch genommenen Besitze des Moores gelangt sein will, daß aber den verschiedenen Thatsachen, von welchen nach Ansicht der Kläger auf das Vorhandensein eines Besitzes des Grund und Bodens geschlossen werden soll, hierfür die erforderliche Concludenz unzweifelhaft abgesprochen werden muß, wenn nicht unberücksichtigt gelassen wird, wie die Natur der Verhältnisse es von selbst mit sich bringt, daß, wo auch nur mehr oder weniger umfangreiche Nutzungsrechte auf Seiten der Dorfschaft, zu der eine Gemeinheit gehört, vorhanden sind und ausgeübt werden, das Eigenthum am Grund und Boden aber dem Staate zusteht, die nutzungsberechtigte Dorfschaft sich immer äußerlich und insbesondere auch den Gränznachbarn gegenüber als die factische Inhaberin manifestiren wird, ohne daß doch auf ihrer Seite von einem die Landesregierung ausschließenden Besitz die Rede sein könnte, und wie eben daher auch in einem Fall, wie der vorliegende, wo von einer Dorfschaft, der vorerwähnten allgemeinen Regel ungeachtet, der Landesregierung gegenüber der Besitz an dem Grund und Boden einer s. g. Gemeinheit in Anspruch genommen wird, bei mangelnder Kunde des Erwerbsgrundes es nothwendig regelmäßig an einer genügenden Erkenntnißquelle fehlen wird, um den einzelnen Thatsachen, in welchen sich das Vorhandensein eines Besitzes am Grund und Boden kund gegeben haben soll, eine solche Bedeutsamkeit beilegen zu können;

in Erwägung, daß, was insbesondere

1) die in der Klage vorgebrachte Behauptung, daß alle sich auf dem Bargstedter Moor findenden Spuren menschlicher Thätigkeit von den Bargstedter herrühren, anlangt, dieselbe nicht nur unbewiesen, sondern auch in solcher Allgemeinheit unrichtig ist, da, wie die Kläger einräumen, auch Thienbüttler und Nortorfer Eingesessene in früheren Jahren auf dem Moore Torf gegraben haben, wovon die Vertiefungen noch sichtbar sind, da ferner mehrere der bei der Localbesichtigung auf dem Moore vorgefundenen Gräben, nach der eigenen Erklärung der Kläger, von Nortorfern herrühren, und endlich der Landcommissair Prehn die Gränzpfähle hat setzen lassen, übrigens auch das große wüste Moorareal verhältnißmäßig nicht viele Spuren menschlicher Thätigkeit aufzuweisen hat;

2) daß selbst, wenn die Thatsache, daß die Bargstedter, und zwar ohne Anweisung, immer auf bestimmten Plätzen Torf auf dem Moore gegraben haben, als ein concludentes Factum für den Besitz von der Substanz des Moores angesehen werden könnte, doch jedenfalls nur von einem Besitz desjenigen verhältnißmäßig geringen Theiles des Moores, der zum Torfgraben von den Bargstedtern benutzt worden, die Rede sein könnte, da die Regel, daß, wer das Ganze inne hat, auch alle einzelne Theile besitzt, nicht auch umgekehrt Geltung hat und also nicht von dem Besitze eines Theiles auf den Besitz des Ganzen geschlossen werden darf;

3) daß das Haidemähen und das Beweiden des Moores Thatsachen sind, welche zunächst eben nur die Ausübung von Nutzungsrechten manifestiren, zu einem weitergehenden Schluß aber nicht berechtigen;

4) daß dasselbe auch behauptet werden muß von dem Umstand, daß die Bargstedter verschiedene Gräben durchs Moor gezogen, zumal da die Nutzung des Moores zum Torfstich wie zum Beweiden desselben die Anlegung von Abzugsgräben nothwendig macht;

5) daß, so wie die in den Jahren der Jagdfreiheit vorübergehend stattgehabte Ausübung des Jagdrechts unverkennbar ohne alle Relevanz ist, ebenfalls auch nicht abzusehen ist, wie es für den jetzt zu entscheidenden Besitzproceß von irgend welchem Einfluß sollte sein können, daß vor einer langen Reihe von Jahren mehrere Eingesessene des Dorfes den Versuch gemacht haben, Korn auf dem Moore zu bauen, ein Umstand, der zwar erkennen läßt, daß, mag das Eigenthum dem Staat oder der Dorfschaft zustehen, es von Seiten des Eigenthümers an der erforderlichen Aufsicht zur Verhinderung willkürlicher Uebergriffe Einzelner gefehlt haben mag, keineswegs aber, daß die Dorfschaft derzeit wirklich im Besitze des Moores gewesen;

6) daß, während in früheren Jahren ebenfalls auch von den Nortorfer und Thienbüttler Eingesessenen ungehindert Torf auf dem Moore gegraben, Haide gemäht und das Moor mit Vieh beweidet, auch mehrere Abzugsgräben gezogen worden sind, in neuerer Zeit allerdings bei den Bargstedtern mehr das Bestreben hervorgetreten ist, sich als ausschließliche Herren des Moores zu geriren, indem sie in dieser Absicht wohl allerdings den Gränzgraben, den sie innerhalb der gesetzten Pfähle gegraben, errichtet haben mögen, den Befehlen des Rendsburger Amthauses, denselben zuzuwerfen, keine Folge gegeben, die Pfähle, welche auf der Halbirungslinie errichtet waren, wieder herausgerissen und sich auch bei dieser Gelegenheit den obrigkeitlichen Befehlen widersetzt und ebenfalls auch

den Pönalmandaten in Betreff des Torfgrabens eine entschiedene Renitenz entgegengesetzt haben, und ferner auch nicht nur von einzelnen Dorfsgenossen wiederholt Einwohnern aus den benachbarten Ortschaften die gemähte Haide oder der gegrabene Torf vernichtet oder weggenommen worden, sondern die Dorfschaft Bargstedt auch wider mehrere Nortorfer, die Torf auf dem Moore gegraben, wegen angeblicher Besitzstörung Processe geführt hat, welche sie, mit Ausnahme eines Falles, wo der Beklagte den Besitz der Kläger einräumte, eben aus dem Grunde verloren, weil sie ihren vermeintlichen Besitz nicht genügend hat nachweisen können, daß aus allen diesen Thatsachen jedoch eben nur resultirt, daß es den Bargstedtern allerdings seit einer Reihe von Jahren nicht an dem animus possidendi gefehlt hat, daß aber die Willensrichtung an sich nicht zum Besitzerwerbe genügt, und daß also, da keine hinlängliche Gründe für die Annahme vorliegen, daß im Uebrigen auch das Besitzverhältniß, in dem die Dorfschaft zu dem Bargstedter Moor gestanden, nie wesentlich anders gewesen, als wie es sich auch bei andern Gemeinheiten findet, namentlich auch über den Erwerb des angeblichen Besitzes nichts constirt, die sich in jenen Thatsachen beurkundende Willensrichtung der Bargstedter, welche ihnen einen Besitz, den sie bis dahin nicht gehabt, auch nicht hat verschaffen können, zu einer Schlußfolgerung über das Vorhandensein des von der Dorfschaft der Landesregierung gegenüber in Anspruch genommenen Besitzes nicht berechtigt;

7) daß endlich auch die klagende Dorfschaft sich nicht mit Grund auf den gegen das officielle Einschreiten des Rendsburger Amthauses den Bargstedtern vom Obergerichte gewährten Schutz berufen kann, da, wie aus den Entscheidungsgründen, welche dem Erkenntnisse des Obergerichts vorangestellt sind, hervorgeht, nur allein die Betrachtung leitend gewesen, daß durch ein officielles Verfahren der im Wege des Civilprocesses herbeizuführenden Entscheidung über den streitigen Besitz nicht präjudicirt werden dürfe, hinfolglich eben nur der status quo hat aufrecht erhalten, nicht aber den Bargstedtern ein nicht bereits vorhandener Besitz hat verschafft werden sollen;

in Erwägung, daß daher die verschiedenen einzelnen Thatsachen, welche die Klage als Besitzhandlungen darstellt, nur erkennen lassen, daß die Dorfschaft, falls sie überhaupt je an dem Moore, welches in älteren Urkunden unter den zu Bargstedt gehörigen Gemeinheiten mit aufgezählt wird, den Besitz des Grund und Bodens wirklich erworben, sich auch in diesem Besitz noch bis auf die neueste Zeit erhalten, keinesweges aber die Annahme rechtfertigen, daß sie zu irgend einer Zeit einen die Landesregierung ausschließenden, über die Gränzen der Ausübung von Servituten hinausgehenden Besitz an dem Grund und Boden erlangt hat, wie denn auch die von einem früheren Hausvogt über die Mööre des Amtes Rendsburg und die daran den Untergehörigen zustehenden Rechte amtlich geäußerte Ansicht natürlich auf die richterliche Entscheidung von keinem Einfluß wird sein können, und die Protocolle, welche über die in den Jahren 1780, 1784 und 1786 in Betreff der Austheilung stattgehabte Verhandlung erwachsen sind, keinesweges ergeben, daß die Dorfschaft Bargstedt derzeit als Besitzerin des Moores anerkannt worden, indem vielmehr bei diesen Verhandlungen den Protocollen zufolge das Moor als Gemeinheit nur mit Beziehung auf die Weide in Berücksichtigung gekommen ist;

in weiterer Erwägung, daß auch die Localbesichtigung und die Zeugenvernehmung, auf deren Ergebniß in der Klage gewissermaaßen zur Ergänzung derselben hingewiesen worden, keine anderweitige Thatsachen ergeben hat, welche für die abzugebende Entscheidung von Relevanz sein könnten, und es hinfolglich nicht gerechtfertigt erscheinen kann, der klagenden Dorfschaft, wenn auch nur interimistisch, den Besitz des Moores zuzusprechen;

in Erwägung endlich, daß mit der nach vorausgegangener richterlichen Prüfung derjenigen thatsächlichen Momente, auf welche die Dorfschaft den von ihr in Anspruch genommenen Besitz stützen zu können geglaubt hat, erfolgenden Abweisung der Klage der Grund hinfällig wird, weshalb das wiederholt eingeleitete Officialverfahren vom Obergericht gemißbilligt worden, und die Eingesessenen der Dorfschaft selbstfolglich nicht gewärtigen dürfen, daß bei fortgesetzter Renitenz gegen obrigkeitliche Befehle eine Rechtfertigung ihrer Handlungsweise in dem Bestreben der Dorfschaft, den ihr vermeintlich zustehenden Besitz zu erhalten, gefunden werden könne, daß es jedoch der Dorfschaft Bargstedt natürlich unbenommen bleiben muß, ihre vermeintlichen Rechte an dem Bargstedter Moor in dem ordentlichen Wege Rechtens geltend zu machen,

wird, in Erwägung vorstehender Gründe, hiemittelst von Obergerichtswegen zum Bescheide ertheilt:

daß Kläger mit der angebrachten Klage abzuweisen, auch schuldig seien, dem Beklagten die erwachsenen Proceßkosten, deren Designation und Moderation vorbehältlich, innerhalb vier Wochen zu erstatten.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 18. December 1854.

Das wider diesen Bescheid von den Klägern eingewandte Rechtsmittel der Supplication hatte nachstehenden Bescheid des Königlichen Oberappellationsgerichts zur Folge:

Namens Sr. Königl. Majestät.

Auf die am 20. Februar v. J. hieselbst eingereichte Supplicationsschrift in Sachen der Hufner Rohwer und Mehrens, als Syndicii der Dorfschaft Bargstedt, Kläger und Supplicanten, wider das Königliche Holsteinische Obersachwalteramt, Namens der Staatsregierung, Beklagter und Supplicaten, wegen Besitz am Bargstedter Moor, jetzt wider den Bescheid des Holsteinischen Obergerichts vom 18. December 1854,

wird, unter abschriftlicher Mittheilung der eingezogenen Erklärung des Supplicaten an die Supplicanten zur Nachricht, mit Beziehung auf die dem angefochtenen Bescheide vorangestellten Entscheidungsgründe, sowie

in Erwägung, daß im vorliegenden Fall schon aus dem Grunde von der Erkennung eines Notheides nicht die Rede sein kann, weil die Thatsachen, worauf Kläger sich zur Begründung ihrer Klage berufen haben, soweit sie als relevant angesehen werden können, erwiesen vorliegen, die Beantwortung der Frage aber, ob aus diesen Thatsachen der Eigenthumsbesitz der Kläger sich ergebe, nicht von einem Notheide abhängig gemacht werden kann, vielmehr lediglich dem richterlichen Ermessen anheimgestellt bleiben muß; und

in Erwägung, daß der Inhalt des schließlichen Entscheidungsgrundes des angefochtenen Bescheides, wornach eine Rechtfertigung der gegen Befehle der Obrigkeit vorgenommenen Handlungen der Bargstedter, nachdem ihnen der Besitz abgesprochen worden, nicht mehr in dem Bestreben der Dorfschaft, den ihr vermeintlich zustehenden Besitz zu erhalten, gefunden werden soll, eine selbstverständliche Folge des den Besitz absprechenden Erkenntnisses ist, und die Hervorhebung desselben in den Entscheidungsgründen, wenn sie auch nicht nöthig gewesen wäre, eine Beschwerde um so weniger rechtfertigen kann, als dadurch weder ausgesprochen ist, wie mit Beziehung auf andere Gründe über einen etwaigen Recurs der Bargstedter erkannt werden würde, noch auch der Regierung in Betreff des Streits mit den Bargstedtern über das Eigenthum am Moor ein Vortheil zugesprochen ist, der nicht schon die einfache Folge der Abweisung der gegen die Regierung von Seiten der Bargstedter erhobenen Besitzklage wäre;

jedoch, was den Kostenpunkt betrifft,

in Erwägung, daß die vorliegenden Thatsachen, wenn sie auch zum Nachweis des Eigenthumsbesitzes der Dorfschaft Bargstedt an dem Moor nicht für genügend zu erachten sind, dennoch sehr wohl bei den Klägern die Ueberzeugung von dem Vorhandensein eines solchen Besitzes haben hervorrufen können, und jedenfalls nicht geeignet sind, den Vorwurf eines zur Kostenerstattung verpflichtenden Verschuldens gegen die Kläger zu rechtfertigen,

hiedurch der Bescheid ertheilt:

daß der angefochtene obergerichtliche Bescheid vom 18. December 1854 zwar in der Hauptsache zu bestätigen, jedoch in Betreff des Kostenpunkts dahin abzuändern sei, daß *die Kosten* der ersten Instanz verglichen werden. Unter Compensation der Kosten dieser Instanz.

Die Kostenrechnung des Anwalts der Supplicanten wird auf 110 ℳ R.-M., die ihres Actenprocurators auf 5 ℳ 59 β R.-M. und die des Obersachwalters auf 57 ℳ 8 β R.-M. bestimmt.

Urkundlich 2c. Gegeben im Königl. Oberappellationsgericht zu Kiel, den 30. Juni 1856.

(Der Beschluß folgt.)

Allerhöchst privilegirte
Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

42. Stück. Den 20. October 1856.

Entscheidungen.

Besitzstreit über ein zu den Dorfsgemeinheiten gehöriges Moor. — Einrede der Litispendenz.

(Beschluß.)

Im Anschluß an die obigen Erkenntnisse lassen wir hier einen Extract aus der Exceptionsschrift des Obersachwalteramtes folgen, insoweit selbige die historische Entwickelung der Agrarverhältnisse Holsteins und namentlich die sogenannten Gemeinheiten zum Gegenstand hat, auch zugleich mit besonderer Beziehung auf das Dorf Bargstedt das Verfahren näher darlegt, welches bei der Landauftheilung beobachtet worden:

Die Agrarverhältnisse, wie Tacitus sie andeutet, die Gesetzbücher des 5ten und 6ten Jahrhunderts sie weiter übersehen lassen, sind durch den ganzen Lauf unserer Geschichte bis zur Landauftheilung auf eine ganz auffallende Weise in der Hauptsache unverändert geblieben, und fast dasselbe kann man für die ganze lange Zeit von der Ackerwirthschaft behaupten, mit der Ausnahme natürlich, welche Verbesserung der Geräthschaften, namentlich des Pfluges, und Entdeckung und Einführung neuer Kornarten und anderer Feldfrüchte, z. B. des Buchwaizens, der Kartoffel, nothwendig machten. Die Ackerwirthschaft war allgemein, und blieb es bis zu dem bezeichneten Zeitpunkte, die Dreifelderwirthschaft. Aller Grund und Boden in den Aemtern und Landschaften ohne Ausnahme, und selbst mit Einschluß der großen Haiden, waren von uralter Zeit her insofern aufgetheilt, als das Land zu irgend einer Dorfsfeldmark gehörte. Das zu einer Dorfsfeldmark gehörige Areal konnte bestehen und bestand sehr häufig aus Wald, Haide, Moor, Weide und Ackerland, welche alle, wo sie sich vorfanden, in der Gemeinschaft waren, oder wie der Ausdruck lautete, zur Almende, Meende, Gemeinheit im weiteren Sinne gehörte. Außer diesen Grundstücken fanden sich in den Dorfschaften noch andere mit ganz besonderen Rechtsverhältnissen, nämlich solche, die im Eigenthum ihrer Besitzer waren. Dieses Land bildete die Hofplätze, Kohlhöfe, und nach einer ganz allgemeinen Regel ein Stück Land unmittelbar am Hause, welches in Schleswig der Toft hieß, und noch heißt (in Holstein scheint sich der besondere Name dafür verloren zu haben), und im östlichen Holstein oft mit Obstbäumen bepflanzt, fast überall aber, wo die Beschaffenheit des Bodens und Climas es zuläßt, mit Bäumen eingefaßt ist. Eine Hauptbestimmung dieses Landes scheint gewesen zu sein, den Pferden, die von der Arbeit oder Reise kamen, einen Imbiß zu verschaffen, bis sie auf die Gemeinweide gebracht wurden, wenigstens war dieses der Hauptgebrauch, der von dem Lande gemacht wurde. Dieses im Privateigenthum des Einzelnen befindliche Stück Landes war im Verhältniß zu dem gemeinsamen Lande sehr klein, und möchte vielleicht 2 Tonnen niemals übersteigen, in der Regel weit weniger betragen; und selbst dieses Läppchen Land war nicht in jeder Beziehung der ausschließlichen Benutzung des Eigenthümers vorbehalten, wie sich demnächst zeigen wird. Das gewöhnlich, wenigstens sehr häufig, mit einem Zaune eingefaßte Dorf war auf diese Weise, mit Ausnahme der Wege und des zum Sammeln des Viehes vor dem Austreiben auf die Gemeinweide bestimmten Platzes, im Privateigenthum der einzelnen Besitzer, alles übrige Land gemeinschaftlich, jedoch keineswegs nach gleichen Raten. Unmittelbar an das Dorf schloß sich das Pflugland an, in Holstein Kamp oder Kämpen genannt. Diese Kämpen waren je nach der Verschiedenheit des Bodens entweder rund um das Dorf be-

legen, oder an der Seite, gewöhnlich wohl ersteres, stets aber in unmittelbarer Nähe. An die Kämpen gränzte die Gemeinweide für das Vieh des Dorfes und an diese schlossen sich die Haiden, Mööre, Wälder an.

Die Kämpen waren so viel wie möglich immer unter dem Pfluge, nach der Regel der Dreifelderwirthschaft: „Winterkorn, Sommerkorn, Brache", welche letztere, da die Bearbeitung nicht stattfand, welche wir Sommerbau nennen, eine schlechte Weide für Jungvieh und Schaafe abgab. Die Kämpen waren nicht aufgetheilt, sondern jeder zu deren Bebauung Berechtigte erhielt ein seinem Rechte entsprechendes Stück oder mehrere derselben für einen Wirthschaftsturnus (zuweilen auch nach irgend einer andern Zeitbestimmung), so daß in einem gewissen Zeitraum jeder Einwohner die ganzen Kämpen unter den Pflug brachte. Ausnahmsweise scheint es vorgekommen zu sein, daß immer dasselbe Stück bei derselben Hufe blieb, aber auch dann war es nicht besonders eingefriedigt.

Die eigentliche Gemeinweide kam dagegen niemals unter den Pflug und durfte nicht gepflügt werden, sie wurde Jahr für Jahr lediglich zur Weide des Dorfviehes benutzt. Das Vieh wurde durch den Dorfhirten den Tag über gehütet und jeden Abend nach Hause getrieben, und bei der Gelegenheit, so wie vor dem Austreiben am andern Morgen, die Kühe gemolken. Jeder Dorfseingesessene sandte nach der besonderen Berechtigung seiner Stelle eine gewisse Anzahl Vieh auf die Gemeinweide, mochte sie Nahrung für dasselbe liefern können, oder nicht. Eine Theilung irgend einer Art dieses Landes fand durchaus nicht statt; gleichwohl war die Benutzung der Gemeinweide insofern häufig eine ausschließliche, als diese nicht oder nur für das Vieh des Dorfes hinreichte.

Wald, Moor, Haide, wenn solche sich in der Dorfsfeldmark befanden, wurden von der Dorfschaft nach verschiedenen Berechtigungen benutzt. Allgemein war die Berechtigung zur Weide in diesen Grundstücken. In der Regel wurde der Wald zunächst als Weide benutzt, wenn die Gemeinweide nicht ausreichte, doch richtete sich das natürlich vielfach nach der Gelegenheit. Außerdem war eine sehr häufig vorkommende, auf dem Walde ruhende Servitut die Benutzung des Weichholzes, im Moor, namentlich in holzarmen Gegenden, der Torfstich, auf der Haide neben der Weide allenfalls noch das Plaggenhauen und Abmähen des Haidekrautes. Ueber die Gränzen dieser Nutzungsrechte nachher. Was jedoch die Wälder betrifft, so will ich, da dieselben jetzt ganz außer der Aufgabe liegen, das Nöthige hier in der Kürze bemerken.

Das Eigenthum des Landesherrn am Gemeinheitswalde ist, so viel ich weiß, im Allgemeinen theoretisch nie bestritten gewesen; im Besondern mag die Praxis einzelner Dorfschaften und einzelner in denselben wohl ein wenig über das strenge Recht hinausgelangt haben. Jetzt ist die Sache nicht mehr zweifelhaft. Seit Beendigung des dreißigjährigen Krieges befiel einem großen Theil von Europa, namentlich Deutschland, die Angst vor eintretendem Holzmangel, und die Herzogthümer blieben von dieser Furcht so wenig befreit, daß der König sogar Truppen gegen den Herzog marschiren ließ, weil dieser einen Handel über eine nach der Meinung des Königs zu große Quantität Holz aus den Herzoglichen Forsten abgeschlossen hatte, und dadurch den Handel glücklich rückgängig machte. Bis über die Mitte des vorigen Jahrhunderts hinaus waren alle landesherrliche Forsten (allenfalls mit Ausnahme der Lustgärten und sogenannten Thiergärten) uneingefriedigt und der Regel nach mit der Weideservitut belastet. Dabei konnte der Forst nicht gedeihen, und schon die erste Königl. Forstverordnung vom 1. Septbr. 1671 bringt auf Einkoppelung des Forstes, also Aufhebung der Weideservitut. Dabei wird jetzt zuerst eine geregelte Forstwirthschaft eingeführt, Holzausweisungen und Verkauf für landesherrliche Rechnung angeordnet u. s. w. Mit welchem Ernste die Sache betrieben wurde, ersieht man daraus, daß schon am 1. Septbr. 1680 eine neue Holzordnung für die Herzogthümer erlassen wurde. Vor der zuerst gedachten Verordnung war jedoch schon in der Polizeiordnung vom 27. Septbr. 1636 die Anstellung von Holzwärtern, die Holzanweisung an Berechtigte, die Verpflichtung zur Anpflanzung von 6 jungen Bäumen anstatt jedes ausgewiesenen und die Anlegung von eingefriedigten Baumschulen verfügt. Gegenwärtig ist der ganze landesherrliche Wald in den Herzogthümern vielleicht ohne Ausnahme eingefriedigt und von Servituten befreit. Die Ablösung der Servituten aus dem Walde geschah überall vertragsmäßig bei Gelegenheit der Auftheilung der Dorfgemeinheiten. Die Commissionen mittelten die Zahl der Kuhweiden aus, welche auf jedem Walde ruheten, und zu deren Abfindung erhielten die berechtigten Dorfschaften Land aus dem Walde zum Eigenthum; als Regel hatte man dabei angenommen, daß für jede Kuhweide eine große Tonne Waldland gegeben wurde, jedoch kommen häufige Abweichungen von dieser Regel vor. Das Weichholz aus diesem aus den Hölzungen ausgewiesenen Lande erhielt in der Regel die Dorfschaft, das Hartholz verblieb dem Landesherrn, wurde aber dem Eigenthümer, wenn er wollte, pro taxato überlassen; wo es nicht geschah, waren diese Bäume nach der Forst- und Jagdverordnung vom 2. Juli 1784 § 42 besonders zur Ausweisung recommandirt; jedoch nicht allein die auf dem aus

den Hölzungen ausgewiesenen, sondern alle sich auf dem Gemeinheitslande befindenden Hartholzbäume, denn diese gehörten, mochten sie nun auf der Gemeinweide oder den Kämpen wachsen, dem Landesherrn. Dasselbe war der Fall sogar mit dem auf den Hofplätzen und Kohlhöfen in den Dörfern wachsenden Hartholze. Erst in der Forst- und Jagdverordnung vom 2. Juli 1784 § 134 wurde dies auf den Hofplätzen und Kohlhöfen wachsende Holz im Amte Rendsburg den Bauern zum Eigenthum überlassen, und wenig Jahre nachher geschah dasselbe in Pinneberg und Ranzau. Etwas gemildert wurde diese Beschränkung dadurch, daß in unserem Lande nur Eichen und Rothbuchen zum Hartholz gerechnet werden, nicht einmal die Weißbuche.

Diesemnach darf ich als ausgemacht annehmen, daß das Eigenthum an den Gemeinheitswaldungen vor dem Jahre 1771 dem Landesherrn zustand, und daß derselbe es weder durch die Landauftheilung, noch später aufgegeben habe, ist gewiß genug. Diesem will ich noch eine Bemerkung hinzufügen. Seit einer Reihe von Jahren habe ich eine sehr große Menge von Landauftheilungsacten sorgfältig durchgesehen, und darunter auch in den letzten Jahren sehr viele Auftheilungen in dem Amte Rendsburg, und in keiner einzigen dieser Auftheilungen ist es mir vorgekommen, daß die zu Servituten berechtigten Dorfschaften (namentlich zur Weide und Weichholznutzung) dem Landesherrn das Eigenthum des Waldes bestritten hätten. Fanden sich irgendwo Differenzen, so betrafen sie gewöhnlich das Maaß der Abfindung und die Belegenheit des als Eigenthum zu überlassenden Holzlandes. Die Vortheile der Auftheilung und Gewinnung des Eigenthums, welches sie bisher nicht gehabt hatten, waren indessen den Bauern zu einleuchtend, als daß nicht weitaus in den mehrsten Fällen die Sache ohne alle Differenzen hätte abgehen sollen.

Was die andern Gemeinheitsgegenstände betrifft, so will ich hier zunächst mit der Behauptung beginnen:

> das Eigenthum der Gemeinheiten in Holstein, außer Dithmarschen, stand vor 1771 dem Landesherrn zu.

Es gilt diese Regel nicht bloß von den Gemeinheits-Möören, Haiden, Weiden, sondern auch von den Gemeinweiden und sogar von den Kämpen. Den berechtigten Dorfschaften — und bei Weitem nicht alle an die Gemeinheit gränzenden Dorfschaften waren berechtigt — standen nur servitutenartige Rechte zu. Diesen Behauptungen will ich die Beweisführung unmittelbar anschließen.

Falck in seinem Handbuche des Schleswig-Holsteinischen Privatrechts, Bd. III, Abth. 2 § 93 p. 403,

führt Beispiele an, aus welchen erhellt, daß das Gemeinheitsland nicht Eigenthum der zur Nutzung berechtigten Gemeinde war, sondern als Eigenthum des gesammten Volkes betrachtet wurde, das eine vom Jahre 1148, das andere aus der Zeit Adolph's IV. Es kommt mir vor, ohne daß ich es als ganz gewiß behaupten will, als ob diese Beispiele sich sehr leicht sowohl für ältere als neuere Zeiten vermehren ließen, ich will jedoch nicht die Zeit daran wenden, da es hier nur auf den Beweis der rechtlich bestehenden Verhältnisse zur Zeit unmittelbar vor der Erlassung der Landauftheilungsverordnung von 1771 ankommt. Ich will zur Führung dieses Beweises eine Reihe von Thatsachen und Gesetzen anführen, welche meiner Ansicht nach das Thema vollkommen erschöpfen.

1) Der Landesherr ließ nach Belieben andere, bis dahin zu Servituten in der Gemeinheit nicht Berechtigte an der Gemeinheit Theil nehmen, ja, er wies aus und verkaufte Stücke aus der Gemeinheit zum Privateigenthum ganz fremder Personen. So wurden durch die Königl. Resolution vom 8. Aug. 1744 für das Amt Segeberg die Abgaben bestimmt, welche für das auf diese Weise aus der Gemeinheit genommene Land sollten erlegt werden, und nach dem Zeugniß der Verordnung von 1771 § 16 ist unter demselben Datum eine gleiche Verordnung für das Amt Rendsburg erlassen. Eine gleiche Verordnung erging am 9. Oct. 1744 für Pinneberg. Doch war diese keineswegs eine Neuerung, sondern lediglich eine Regulirung der bestehenden Verhältnisse, denn schon 1705 erhielt der Amtsverwalter Graba in Pinneberg eine Instruction, wie er sich bei Ausweisungen aus den Gemeinheiten zu verhalten und was dafür an Kaufsumme und jährlichen Abgaben zu erlegen. Aus dieser ist deutlich zu ersehen, daß die Ausweisungen aus der Gemeinheit von Alters her Brauch gewesen, und nur die eigenmächtige Veränderung des Landmaaßes im Jahre 1697 giebt die Veranlassung zu der Instruction. Die Berechtigten waren keineswegs diesen Ausweisungen ganz bloßgegeben, sie konnten Einwendungen dagegen machen und machten sie auch, allein diese wurden nicht hergenommen aus einem angeblichen Eigenthum, sondern lediglich aus ihrem servitutischen Rechte. Die Einwendung gegen dergleichen Ausweisungen mußten darauf begründet werden, daß die Weideservitut der Berechtigten die Ausweisung nicht vertragen könne,

Corp. Const. Holsat., II, p. 1061. 1144. 1150.

2) Die Weideservitut war keineswegs für die Berechtigten ganz unbeschränkt, wenn gleich die Auf-

sicht darüber von Seiten der Landesherrschaft wohl sehr nachlässig mag geführt sein. Jedenfalls beschränkte sich die Weide auf diejenige Anzahl von Vieh, welche die berechtigte Dorfschaft durchwintern konnte. Darum war die Zerstückelung der Höfe streuge verboten,

daselbst, p. 1132,

sowie die Aufnahme fremder Insten,

daselbst, p. 605,

daher das Verbot, neue Kathen zu errichten,

daselbst, p. 606,

daher war es den Brinksitzern verboten, Pferde zu halten und aus der Gemeinweide zu nähren, ohne des Amtmannes besondere Erlaubniß, und daß etwas dafür nach Befinden ihres Genusses in unser Amtsregister erstattet,

daselbst, p. 1132.

3) Gab nun auch die Durchwinterung des Viehes einen schlechten Maaßstab zur Berechtigung der Benutzung der Weideservitut, der auch nur in Ermangelung eines andern angewandt sein mag, so war selbst dieser bei solchem Vieh nicht anwendbar, welches nicht auf dem Stalle durchwintert wurde, oder wenigstens nicht regelmäßig, namentlich bei Pferden (wie sie damals waren), Schaafen und Ziegen. Es hätten sonach die Gemeinden mit Schaafen übertrieben werden können, welche den Winter draußen gehen oder in Schoppen und Hölzungen mit geringer Nahrung, wenn der Schnee sie hindert, solche selbst zu suchen, hingehalten werden mögen. Solches scheint man in Pinneberg versucht zu haben, und daher wurde in der Constitution Friedrich's **III.** vom 28. April 1654 verfügt, daß dem Baumann nicht mehr als 20 Schaafe, dem halben Baumann 10 und dem Köttner 7 Schaafe frei zu weiden zugelassen sein solle, „von den übrigen aber allen, zum Fall einer unter ihnen ein mehrerst von seinem Hofe halten wird, der oder diejenigen sollen entweder die Ueberzahl abschaffen, oder auch von jedem Schaafe Uns in Unser Amtsregister 4 ß jährlich entrichten." Wegen der Ziegen wurde verfügt, „es sollen die Unterthauen selbige ganz abschaffen oder in Unsern Hölzungen nicht weiden lassen,"

Corp. Const. Holsat., II, p. 1131. 32.

4) Da die Servitut lediglich auf die Weide ging, so war das Aufbrechen aus der Gemeinheit gänzlich verboten und bedurfte immer einer besondern Erlaubniß. Da dies nebenbei benutzt wurde, sich das Eigenthum von Land aus der Gemeinheit zuzueignen, so wurde durch die Kammerordre vom 1. Juli 1727 eine Königl. Resolution publicirt, wornach dergleichen Versuche mit 4 Wochen Karrenstrafe belegt wurden,

daselbst, p. 602.

Desgleichen wurde durch die Verordnung vom 2. Aug. 1745 das unerlaubte Aufbrechen aus allgemeiner Weide als eine zu nicht geringem Abbruch des Königl. Allerhöchsten Interesse ausschlagende Unrichtigkeit wiederholt verboten und alles seit 1703 entweder oberlich ausgewiesene oder eigenmächtig und heimlich aufgebrochene Land zu Register gezogen, auch die Haus-, Amts- und Kirchspielvögte, wie auch Hegereiter angewiesen, alljährlich Besichtigung anzustellen und Bericht zu erstatten.

5) Die Haiden und Mööre waren Theile der Gemeinheiten, nur daß sie in früherer Zeit wenig geschützt wurden, da das Torfbrennen nur in einigen holzarmen Gegenden Brauch war und der ungeheure Reichthum an Torf in den großen Mööhren wenig geachtet und daher die Aufsicht vernachlässigt wurde. Die Weide war auf beiden, wie schlecht sie auch an sich war, ein Haupttheil der Servitut. Auf den vielen Haidestrecken und bei der spärlichen Bevölkerung der berechtigten Dörfer hatte der Landesherr hier indessen in seinen Dispositionen wenig Rücksichten zu nehmen. Dagegen fehlte ihm auch die Gelegenheit, dieselben sich nutzbar zu machen, sie wurden hauptsächlich zur Viehweide benutzt, allein nicht für das Vieh der Dorfschaften, sondern für die Viehtriften, welche in großen Heerden, wie auch noch jetzt, von Markt zu Markt getrieben wurden, und als in den sechsziger und siebenziger Jahren des vorigen Jahrhunderts der Versuch gemacht worden, die Haiden durch *Colonisten* zu bebauen, wurde als ein Hauptbedenken dagegen in Anrege gebracht, daß diese Viehheerden künftig Mangel leiden dürften, davon aber, daß der Landesherr über selbige nicht disponiren dürfe, weil sie im Eigenthum der berechtigten Dorfschaften seien, war mit keiner Silbe die Rede, und mir ist kein Beispiel bekannt, daß eine Dorfschaft aus dem sonst gewöhnlichen Grunde, daß sie ihr volles Weiderecht nicht ausüben könne, einen Widerspruch gegen die Dispositionen der Regierung erhoben hätte. Hätten die Dorfschaften aber Grund zu solchem Widerspruche gehabt oder gar das Eigenthum der Haiden besessen, so würden sie sich ganz gewiß der Colonisirung widersetzt haben, wenn auch nicht des Werthes des Landes wegen, so doch, um von einer schwer drückenden Last befreit zu bleiben. Für die Einrichtung der Colonistenstellen nämlich wurden Hand- und Spanndienste in Anspruch genommen. Die Klagen über diese Last sind in damaliger Zeit laut genug erschallt, wenn auch vielleicht nicht so häufig, als es heut zu Tage würde geschehen sein, und hätte es ein rechtliches Mittel gegeben, sich derselben zu entledigen, so wäre es sicher nicht unversucht geblieben, denn wirklich war die Last sehr groß und scheint noch durch gewissenlose Beamten vermehrt zu sein; so wurde, um nur ein Beispiel an-

zuführen, erzählt, daß die Fuhren für ein einziges Colonistenhaus mit 200 ℛ abgehandelt wären.

Der Zufall hat es gewollt, daß das landesherrliche Eigenthum an den Haiden und das Festhalten dieses Eigenthums selbst an einem scheinbar so werthlosen Gegenstand noch auf andere Weise erweislich geworden ist. Eine Industrie, die freilich abgenommen hat, jedoch noch ausgeübt wird, gab die Veranlassung dazu. Wenn in der Marsch die Rappsaat ausgeblüht hat, so fehlt es in diesen blüthenarmen Gegenden an Nahrung für die Bienen. Die Stöcke werden daher auf die Haiden transportirt, wo namentlich die Blüthe des Haidekrautes die Thätigkeit der Bienen besonders rege erhält. Von jeher scheint es, daß die zur Weide berechtigten Dorfschaften auch das Recht gehabt haben, ihre Bienenstöcke unentgeltlich auf die Gemeinhaiden zu bringen, wenigstens ist es ihnen meines Wissens nicht bestritten. Sie dehnten ihr Recht aber über die Gebühr aus und nahmen fremde Bienenstöcke in die Gemeinheiten auf, wofür sie sich Pacht bezahlen ließen, und da dies allerdings ein Eingriff in die landesherrlichen Rechte war, so wurde es ihnen verboten.

In der Königl. Constitution vom 28. April 1654 § 6,

Corp. Const. Holsat., II, p. 1132,

wurde bestimmt, daß die fremden Bienenstöcke sofort den Untervögten anzuzeigen, von diesen ein Register darüber geführt und von jedem Stocke 2 ß für die Königl. Casse zu berechnen sei. In der Königl. Resolution vom 9. April 1736 wurden für die Grafschaft Rantzau die Abgaben auf resp. 1 und ¾ ß bestimmt und solche dem Hegereiter überwiesen,

Corp. Const. Holsat., p. 1363.

Ja, die Sache ist sogar zur gerichtlichen Entscheidung gekommen, und das Dinggericht hat unterm 27. Nov. 1671 zu Schenefeld auf die Klage der Dorfschaft, daß Einzelne fremde Immen einnehmen, erkannt, daß Niemand, er sei, wer er wolle, fremde Immen einnehmen solle,

daselbst, p. 607.

Diese Verfügung hatte nach der Landauftheilungsverordnung keinen Sinn mehr und stand, da den Dorfschaften das Eigenthum der Gemeinheitshaiden durch dieselbe unter gewissen, leicht zu erfüllenden Bedingungen überlassen war, selbst mit dem Rechte im Widerspruch. Gleichwohl muß noch zu Ende des vorigen Jahrhunderts der Versuch gemacht sein, das Urtheil des Dinggerichtes zur Ausführung zu bringen; denn unterm 22. Octbr. 1798 machte die Glückstädter Regierung eine Königl. Resolution bekannt, wodurch jenes Urtheil für die Zukunft aufgehoben wurde.

Was nun besonders die Mööre betrifft, so ist durchaus kein Grund anzunehmen, daß das Eigenthum des Landesherrn an denselben von dem Eigenthum an andern Gemeinheiten abweichend gewesen sei; indessen fehlt es nicht an ausdrücklichen Beweisen, daß es schon vor 1771 mit diesen gehalten sei, wie mit den übrigen Gemeinheiten. So schreibt schon die erste Forst- und Jagdverordnung vom 24. April 1737 im § 22,

daselbst, **I, p.** 1259,

vor, wie es mit dem Verkauf aus den Möören zu halten, und bestimmt die Anzahl der Torfsoden, welche die zum Torfgraben in den Gemeinheiten Berechtigten alljährlich graben dürfen; und ferner, daß sie ein Mehreres nach damaligem Gebrauche durch Entrichtung des Zehnten bezahlen sollen.

Dabei werden die Mööre ausdrücklich unterschieden, welche den Unterthanen als Eigenthum gehören, und auch diejenigen, welche dem Landesherrn privative, d. h. auf Domainialeigenthum befindlich und also ohne darauf lastende Servituten, zustehen. In der Verordnung vom 18. Septbr. 1705 § 16 wird den Haselauer, Haseldorfer und Seestermüher adeligen Unterthanen der Mitgebrauch der Pinneberger Gemeinheits-Möõre gestattet, gegen gewisse jährliche Präſtanda. In dem Gränzreglement zwischen Pinneberg und Rantzau vom 18. Decbr. 1737 § 16 wird den Eingesessenen in Hemdingen eine Strecke aus dem Himmelmoor von 7000 □Ruthen angewiesen und ausdrücklich dabei ausgesprochen, daß sie auf demselben Moor Torf zum Verkauf graben dürften. Daselbst § 17 wird den Thinsern und Ellerhöpern die Weidegerechtigkeit bestätigt, jedoch so, daß dem gegrabenen Torf kein Schade zugefügt, noch die Aufnahme mehrerer Kämpen behindert werde. Durch die Kammerresolution vom 28. August 1745 wurden einige Punkte in Ansehung der Moorausweisung näher bestimmt. So wie aus den Gemeinheiten wurden aus den Möören fortwährend Strecken an nicht berechtigte Dorfschaften veräußert, nur mit dem Unterschiede, daß hier auf die Weide, als den Nebenertrag, gar keine oder sehr wenig Rücksicht genommen wurde, also den Berechtigten viel weniger Gelegenheit zum Widerspruch gegeben war, da bei der Ausdehnung der großen, in der Regel mehrere Hunderte und selbst Tausende Tonnen haltenden Möõre von einer Beschränkung des Rechtes zum Torfstich durch die Ausweisung die Rede nicht sein kann. Dergleichen zum Theil sehr bedeutende Ausweisungen sind unter andern vorgenommen auf dem Baler, dem Fockbecker, dem wilden Moor zwischen Jevenstedt und Emckendorf und aus dem Bargstedter Moor an die Dorfschaften Thienbüttel, Gnutz und zuletzt 1731 an Nortorf, welche alle das Eigenthum der ihnen überlassenen Moorstrecken erwarben.

6) Die vielfach in älteren und neueren Gesetzen vorkommende Unterscheidung der Mööre in Königl. Gemeinheits-Möôre, privative Königl. Mööre, Feste-Mööre und Privateigenthums-Mööre der Unterthanen spricht auch entschieden für das landesherrliche Eigenthum an den Gemeinheits-Möören, wenn es dessen überall noch bedürfte; nur war dieses Eigenthum, wie oft bemerkt, durch die bekannten Servituten beschränkt, das sogenannte privative landesherrliche Eigenthum aber nicht.

7) Bestätigen die Ausnahmen hier, wie überall, die Regel. In Dithmarschen gehörten zur Zeit der Freiheit die Gemeinheiten zum Eigenthum der Dorfschaften, nicht zu dem der Landesgemeinde. In dem Frieden wurde den Dithmarschern die Unverletzlichkeit des Eigenthums zugesichert und diese ist auch immer für das Eigenthum der Gemeinheiten anerkannt. Das Dithmarscher Landrecht spricht dies nicht allein mehrfach aus, sondern auch späterhin kommen dergleichen Aeußerungen gelegentlich vor, und als mehr eifrige als kundige Beamte den Dithmarschern Einschränkungen in ihren Eigenthumsbefugnissen auflegen wollten, rescribirte die Kammer auf die Beschwerde der Dithmarscher unterm 27. Juni 1739, „wie ihnen, bewandten Umständen nach, der freie Gebrauch sothaner ihrer Hölzungen sowohl als der Torfmöhrte nach wie vor zugelassen u. s. w." Die Landauftheilungsverordnung vom 19. Novbr. 1771 bestätigte im § 18 ausdrücklich diese Ausnahme von der allgemeinen Regel.

Diesem allen nach steht es fest, daß schon vor dem Jahre 1771 das Eigenthum der sogenannten Gemeinheiten, mögen diese nun bestanden haben in Wald, Weide, Acker, Moor oder Haide, der Landesherrschaft zustand, jedoch mehrentheils durch einzelne Dorfschaften zustehende, im Ganzen ziemlich gleichförmige Servituten beschränkt war; und es ist eine ganz irrige Annahme, daß die Landesherrschaft sich dieses Eigenthum erst durch die Verordnung vom 19. Novbr. 1771 zugeeignet habe. Die genannte Verordnung gab, anstatt der Landesherrschaft ein Eigenthum zuzueignen, welches ihr nicht zustand, im Gegentheil Rechte auf für die Erreichung des großen Zweckes der Verbesserung der Landwirthschaft. Dabei mag denn noch angeführt werden, daß in der sehr sorgfältigen Vorbereitung zu der Verordnung von 1771, in den mehreren Entwürfen dazu, in den vielen Berichten und Verhandlungen stets das Königl. Eigenthum der Gemeinheiten als eine bekannte und anerkannte Sache behandelt und auch nicht der geringste Zweifel darüber laut geworden ist.

Die Landauftheilungsverordnung vom 19. Novbr. 1771 brachte sehr wesentliche Veränderungen in diese Verhältnisse, diese Verordnung wurde lediglich für den Königl. Antheil des damals noch getheilten Holsteins erlassen; in dem Großfürstl. Antheil wurden durch das von Hans Caspar v. Saldern eingerichtete und von ihm als Präsidenten verwaltete Landesökonomie-Verbesserungs-Collegium noch viel unmittelbarer, aber auch mit viel größerer Willkür, die Veränderung der Agrarverhältnisse durchgeführt.

Die Veränderungen, welche durch die Landauftheilungsverordnung in den Eigenthumsverhältnissen zwischen dem Landesherrn und den Dorfschaften vorgingen, waren hauptsächlich folgende:

An den Kämpen, wo den Dorfschaften die ganze Benutzung zustand, gab die Landesherrschaft das Eigenthum unter der Bedingung der Auftheilung gänzlich auf, jedoch unter Reservirung des Hartholzes; dasselbe war mit der eigentlichen Gemeinweide und den Wiesen der Fall. Die übrigen Grundstücke, namentlich Mööre und Wälder, behielt sie für sich, erkannte jedoch die darauf lastenden Servituten an und erklärte sich bereit, sie abzulösen. In Ansehung der Wälder ist die Ablösung vollständig geschehen, in Ansehung der Mööre, als eines damals häufig werthlosen Objects, nur theilweise und zum Theil erst in neuester Zeit. Das Eigenthum an den mit Servituten belasteten Möören hat die Landesherrschaft aber niemals aufgegeben.

Was nun das Bargstedter Moor anbetrifft, so hat dasselbe durchaus keine Ausnahme von der allgemeinen Regel gemacht, das Eigenthum hat stets dem Landesherrn zugestanden, und das ist auch bis auf die neueste Zeit von der Dorfschaft Bargstedt anerkannt. Weder die Verordnung vom 19. Novbr. 1771, noch die Holz- und Jagdverordnung vom 2. Juli 1784, noch so manche andere Verfügungen, welche dem Eigenthum der Bargstedter an dem Moore, wenn sie es gehabt hätten, sehr bedrohlich waren, ja die als Gesetze ihnen dasselbe nehmen mußten, wenn sie nicht Mittel dagegen anwendeten, konnte sie zur Ergreifung solcher Mittel veranlassen; im Bewußtsein, „daß ihre Rechte nur Servituten und diese durch die gedachten Verordnungen nicht geschmälert, sondern vielmehr erweitert wären", verhielten sie sich ganz ruhig.

Die Vortheile, welche die Landauftheilung dem Ackerbau und namentlich dem Bauer bot, wurden nicht sogleich eingesehen, als aber hauptsächlich durch die Bemühungen des Amtsschreibers Stemann in Segeberg einige Landauftheilungen zu Stande gekommen, als Mittel ausfindig gemacht waren, die Stiefväter in den Dörfern, welche Setzwirthe waren und als solche zuerst alle Arbeit und Kosten und wenig Gewinn hatten, zu entschädigen, da drängten sich die Dörfer zu den Auftheilungen, und in dem Eifer, das gute

Werk zu befördern, bewilligte die Regierung, die damals sehr wichtige Landcommission und die für jede besondere Auftheilung gewählten Taxirungsmänner, mehr als das Gesetz ursprünglich bestimmte. Die Landesherrschaft ihrerseits benutzte die Gelegenheit, ihre Waldungen von Servituten zu befreien, indem sie das Eigenthum eines Theils derselben aufgab und den ihr verbliebenen Rest als unbeschränktes Eigenthum für sich behielt und schon damals vielfach einhegte. Die Mööre, deren Werth damals nicht gehörig erkannt wurde, blieben in dem bisherigen Verhältnisse und wurden von der Landauftheilung wenig oder nur ausnahmsweise afficirt, wie dies denn gerade mit dem Bargstedter Moor der Fall ist. Im Jahre 1778 folgte Bargstedt dem Beispiele anderer Dorfschaften und beschloß die Auftheilung und die Abfindung der Servituten in den landesherrlichen Hölzungen, und am 22. Mai 1780 begann die Commission das Auftheilungs- und Ablösungsgeschäft. Zunächst wurde der Viehstapel des Dorfes ermittelt, um darnach das Weidebedürfniß ermessen zu können. Zu dem Ende wurde alles Vieh im Dorfe zu Kühen angeschlagen, 2 Pferde galten gleich 3 Kühen, 3 Stück Jungvieh gleich 2 Kühen und 5 Schaafe gleich einer Kuh. Nach dieser Rechnung wurde der ganze Viehstapel von Bargstedt, mit Ausnahme der Schaafe, auf 363 Kühe angeschlagen, und jetzt sah man sich nach der Weide für denselben um.

Die Kämpen, das unterm Pflug befindliche Land, wurden, insofern sie brach lagen, angeschlagen zu 54 Kühen. Freilich ist in der Acte der Grundsatz ausgesprochen, daß man von den Kämpen, deren Weide 108 Tonnen betrug, nur 1½ Tonnen auf die Kuh rechnen wollte, allein in obiger Kuhzahl waren 354 Schaafe, welche gleich 71 Kühen zu rechnen, nicht mit einbegriffen, weil man zu dem Entschluß gekommen war, das Land so reichlich zu berechnen, daß die Schaafe mit den Kühen weiden konnten, ohne besonders berechnet zu werden, daher rechnete man von den Kämpen 2 Tonnen für jede Kuh.

Für die Gemeinheit, außer dem großen Moor von einem Areal von reichlich 201 Tonnen, berechnete man 40 Kuhweiden, so blieben noch 269 Kuhweiden herbeizuschaffen, welche auf das große Moor und die Wälder fielen. Das Eigenthum der Gemeinheiten, außer dem Moor und den Wäldern, hatten die Bauern schon durch die Landauftheilungsverordnung unter der Bedingung der Auftheilung erhalten. Für die Abfindung der Servituten aus den Wäldern sollten sie eigenthümliches Land erhalten. Das große Moor konnte, weil man damals, zumal in einer so holzreichen Gegend, auf das Moor nicht sonderlich achtete, in seinen servitutischen Verhältnissen verbleiben. Den Bauern lag daran, möglichst viel Eigenthumsland aus den Wäldern zu erhalten, je mehr Kuhweiden sie diesen aufbürden konnten, desto mehr Land würde ihnen zum Eigenthum überlassen werden müssen. Aus diesem Grunde wollten sie die Weide auf den gedachten Gemeinheiten nur zu 12 Kuhweiden angeschlagen wissen, während sie doch zu 40 Kuhweiden angeschlagen wurde. Aber sie kamen noch auf eine andere Idee. Das Moor ist schwerlich zu beweiden, wie sich die Commission ausdrückt, und daher schlug sie die 400 Tonnen, woraus es bestehen sollte (es sind weit über 600), zu 40 Kuhweiden vor. Außer dem Torfstich hatte das Moor für die Bargstedter wenigen Werth, und jener war schon längst gesetzlich so beschränkt, daß der Torfgewinn leicht aus einem viel geringeren Areal zu erhalten war. Es lag daher eine richtige Berechnung zum Grunde, als die Bargstedter bei der Unterhandlung erklärten:

> das große Bargstedter Moor, welches circa zu 30, 40 Kühen angeschlagen werden könnte, wollten sie nicht ganz behalten, lieber die Hälfte davon abtreten.

Für die Weide auf dem halben Moor wurden 20 Kuhweiden gerechnet. Daß in der obigen Erklärung nicht von der Substanz des Moores, dem Eigenthum an Grund und Boden die Rede ist, sondern lediglich von der Weideservitut, ergiebt ein Blick in das Protocoll, welches bloß von Kuhweiden redet und diese ausmittelt.

Nach Abzug dieser resp. 54, 40 und 20 Kühe, also 114 Kühe von dem ganzen Viehstapel von 363 Kühen, blieben noch 249 Kühe nach, für welche Weide zu schaffen oder Eigenthum in den Holzgründen zu geben war. Nach einer angenommenen Regel, die aber selbstverständlich nicht consequent durchgeführt wurde, rechnete man für die Abhandlung der Weideservitut für eine Kuh die Uebergabe des Eigenthums von einer großen Tonne Holzland. Hierauf wurde den Dorfeingesessenen bedeutet, daß sie aus den Holzgründen 249 Tonnen zu erwarten hätten, und wenn sie von diesen 125 Tonnen zuvor abzögen, um nach dem Einkoppelungsvergleich die Hufen gleich zu machen, so würde auf jede Hufe noch ein Eigenthumszuwachs von ungefähr 10⅓ Tonnen kommen.

Auf diese Mittheilung erbaten sich die Bargstedter Bedenkzeit bis zum folgenden Tage. Der Vergleich kam damals nicht zu Stande und die Sache blieb einige Jahre lang liegen, weil die Commission an allen Ecken und Enden der Herzogthümer mit Landauftheilung und Wälderregulirung beschäftigt war.

Versuche, die das Amthaus für sich angestellt, führten nicht zum Ziel; aber im Jahre 1784 kam die Reihe wiederum an Bargstedt und die Commission brachte den endlichen Vergleich zu Stande. Demnach erhielten die Bargstedter anstatt der ihnen zuerst zugedachten 249 Tonnen Holzland 373 Tonnen. Im Uebrigen, so erklärt die Dorfschaft unterm 26. Juni 1784, bleibt das abgehaltene Amtsprotocoll vom 22. Mai 1780, insoweit eben keine Ausnahme davon gemacht worden, in seiner Gültigkeit und haben wir dagegen nichts einzuwenden.

Mit den sämmtlichen Walddörfern im Amte Rendsburg, 21 an der Zahl, wurden nicht bloß über die Abhandlung der Servitut gegen Eigenthum in den Holzgründen Vergleiche abgeschlossen, sondern auch über die Einfriedigung und Unterhaltung der Befriedigung der nachbleibenden landesherrlichen, von Servituten befreiten Wälder, und jede Dorfschaft stellte einen Revers aus, wie den angelegten. Bei dieser Gelegenheit baten, wie notitiae causa bemerkt wird, die Bargstedter um Aufhebung des jetzt nicht ausführbaren Einkoppelungsvergleiches von 1778 und erhielten sie nachmals von der Kammer bewilligt. Im Jahre 1788 errichteten sie einen andern, welcher bestätigt wurde. Da aber dieser nur die inneren Angelegenheiten des Dorfes angeht, so bedarf es hier keiner weiteren Erwähnung desselben.

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

43. Stück. Den 27. October 1856.

Entscheidungen.

Ueber die Bedeutung der den Eisenbahngesellschaften durch den § 26 der Bekanntmachung vom 18. Mai 1840 gewährten Befreiung von Abgabe oder Recognition vom Ertrage der Bahn. — Stellung der obersten Civilbehörde für das Herzogthum Holstein zur Gesetzgebung.

In Sachen der Direction der Altona-Kieler Eisenbahngesellschaft, Klägerin, gegen das Holsteinische Obersachwalteramt, Namens des Königl. Ministeriums für die Herzogthümer Holstein und Lauenburg, Beklagten, wegen Rückzahlung der für das Jahr 1851 bezahlten Einkommensteuer zum Belauf von 17,840 ℔ v. Cour., jetzt 9514 ₰ 64 ß R.-M., sammt Zinsen, ergeben die Acten:

Die Eisenbahndirection hat wider das Königl. Ministerium für die Herzogthümer Holstein und Lauenburg klagend vorgebracht, daß unter der Verwaltung der obersten Civilbehörde die Eisenbahngesellschaft zur Einkommensteuer für das Jahr 1851 mit einem Betrage von 17,840 ℔ v. Cour. angesetzt und trotz der ihr zustehenden Steuerfreiheit, sowie ungeachtet aller gegen die Zahlung erhobenen Reclamationen gezwungen sei, diese Summe einstweilen zu bezahlen. Nach geleisteter Zahlung habe die Direction ihr Rückforderungsrecht in mehrfacher Weise geltend gemacht, und nach vielen Weiterungen sei unterm 5. Septbr. d. J. von dem Königl. Ministerium die Bewilligung ertheilt:

„daß über den von der Direction erhobenen Anspruch auf Rückzahlung der von der Eisenbahngesellschaft pro 1851 entrichteten Einkommensteuer gerichtlich entschieden werde."

Dieser Anspruch wurde nun in nachstehender Weise begründet: Wenn die Eisenbahngesellschaft überall zur Zahlung der Steuer verpflichtet gewesen wäre, so müßte der Rechtsgrund dafür aus der Verfügung vom 8. März 1851, betreffend die Erhebung der Einkommensteuer für das Jahr 1851, entnommen werden. Diese Verfügung sei aber kein zu Recht bestehendes Gesetz, dieselbe sei von der derzeitigen obersten Civilbehörde für das Herzogthum Holstein erlassen, welcher die gesetzgebende Gewalt niemals zugestanden, denn in Gemäßheit der Bekanntmachung der Commissaire des Landesherrn und des Deutschen Bundes vom 2. Februar 1851 habe die oberste Civilbehörde die Verwaltung des Herzogthums führen sollen, die Verwaltung umfasse aber die Gesetzgebung nicht mit. Selbst wenn aber die oberste Civilbehörde mit legislativer Gewalt ausgerüstet gewesen wäre, habe sie doch keine größere Machtvollkommenheit in Anspruch nehmen können, als der Landesherr selbst besitze, denn im Namen des Landesherrn sei die Gewalt von derselben ausgeübt worden. Nach dem Gesetz vom 28. Mai 1851 habe nun ein gültiges Steuergesetz ohne Mitwirkung der Provinzialstände nicht erlassen werden können, und da bei der fraglichen Verfügung die ständische Mitwirkung gemangelt, wohne derselben keine Gesetzeskraft bei.

Ließe sich aber auch behaupten, daß die Verfügung vom 8. März 1851 ein gültiges Gesetz sei, so könne dennoch aus ihr die Verbindlichkeit der Gesellschaft zur Zahlung der Einkommensteuer nicht hergeleitet werden. Der § 1 setze nämlich fest:

„daß die durch Verordnung vom 7. Juli 1849 angeordnete Einkommensteuer für das laufende Jahr 1851 mit dem in den §§ 1, 2 und 3 festgesetzten Betrage von allen darnach beitragspflichtigen Einwohnern und Grundbesitzern des Herzogthums Holstein zu entrichten."

Die Verfügung lasse daher die gesetzlichen Steuerfreiheiten bestehen, indem sie auf den die Aufhebung

der Steuerexemtionen aussprechenden § 18 der Verordnung vom 7. Juli 1849 nicht nur nicht Bezug nehme, sondern ausdrücklich ausspreche, daß nur die nach den angezogenen §§ dieser Verordnung pflichtigen Personen die Steuer zahlen sollen.

Die Eisenbahngesellschaft sei nun in Gemäßheit des § 26 der Bekanntmachung vom 18. Mai 1840, betreffend die Bedingungen, unter denen eine Anlegung von Eisenbahnen zur Verbindung der Nord- und Ostsee werde gestattet werden, und der auf Grundlage dieser Bekanntmachung unterm 28. Juni 1842 ertheilten Concession frei von jeder von dem Ertrage der Bahn an die Finanzkasse zu zahlenden Abgabe oder Recognition. Die oberste Civilbehörde habe freilich dieses dahin auslegen wollen, daß der § 26 der Bekanntmachung lediglich von besonderen, dem Eisenbahnbetriebe aufzuerlegenden Gewerbsabgaben zu verstehen sei, gegen diese Auffassung spreche aber zuvörderst schon die Wortfassung, daß von dem Ertrage keine Abgabe oder Recognition zu entrichten sei, denn sonst würde der Ausdruck Recognition genügt haben. Außerdem spielten Gewerbsabgaben in der Holsteinischen Steuerverfassung eine so untergeordnete Rolle, daß es gar nicht erforderlich gewesen, ihrer in der Bekanntmachung zu erwähnen. Der Sinn der Bekanntmachung sei offenbar der, daß die Regierung, um das derzeit wenig Anklang findende Unternehmen zu ermöglichen, der sich bildenden Gesellschaft gegenüber auf Alles Verzicht geleistet, was sie überhaupt zu vergeben gehabt. Nicht allein sei die Verordnung vom 28. Novbr. 1831 auf die Eisenbahnen ausgedehnt worden und habe die Abtretung der der Landesherrschaft gehörigen Grundstücke unentgeltlich erfolgen sollen, sondern es sei außerdem eine Immunität von allen nur denkbaren öffentlichen Abgaben und Lasten in Aussicht gestellt. Der zur Eisenbahnanlage zu verwendende Grund und Boden sei von allen darauf ruhenden Königl. Abgaben und Lasten, sowie von der Bankhaft befreit, die auf demselben zu errichtenden Gebäude jeglicher Art habe weder in den Städten, noch auf dem Lande eine Königl. Steuer treffen sollen, und sei die Stempelpapier- und Zollfreiheit gewährt worden. Wäre die Regierung der Ansicht gewesen, daß nach der damaligen Steuerverfassung von dem Eisenbahnbetriebe eine Gewerbsabgabe zu erlegen sei, so hätte sie unzweifelhaft die Befreiung davon neben den übrigen Befreiungen zugesagt, denn dort sei der allein passende Ort gewesen. Die Zusage, daß von dem Ertrage der Eisenbahn keine Abgabe oder Recognition erlegt werden solle, komme aber in Verbindung mit den von der Gesellschaft zu übernehmenden Verpflichtungen vor und könne nur den Sinn haben, die Actionaire darüber zu beruhigen, daß die Gesellschaft nicht durch eine neue, der bisherigen Steuerverfassung fremde Steuer betroffen werden solle. Hiezu komme noch, daß in den Eingangsworten der fraglichen Bekanntmachung ausdrücklich möglichst günstige Concessionen in Aussicht gestellt seien, und müsse hierauf bei der Interpretation Rücksicht genommen werden. Die Einkommensteuer besteuere aber gerade den Ertrag der Bahn unmittelbar und stehe demnach mit der Zusicherung des § 26 im Widerspruch. Die Gesellschaft habe kein anderes Einkommen, wie den Ertrag ihres Betriebes, und da das Eisenbahnunternehmen ein rein gewerbliches sei, das Einkommen also aus einem Gewerbe fließe, so sei die Einkommensteuer für die Eisenbahngesellschaft in Wahrheit eine Gewerbesteuer, von welcher sie selbst nach der gegentheiligen Ansicht befreit sein solle.

Wenn nun nach diesen Ausführungen die Eisenbahngesellschaft nicht verpflichtet gewesen, die Steuer zu zahlen, so müßte ihr die **condictio indebiti** oder **sine causa** zustehen. Das Rückforderungsrecht lasse sich aber auch noch von einem andern Gesichtspunkt aus begründen, indem zwischen dem Staate und der Eisenbahngesellschaft ein contractliches Verhältniß bestehe. Die fragliche Bekanntmachung habe rechtlich den Character der Auslobung, in welcher einerseits das Maaß der Verpflichtungen, die der Unternehmer auf sich zu nehmen, andererseits das Maaß der Berechtigungen, das ihm zustehen solle, angegeben sei. Der Erwerb der Concession auf Grundlage dieser Bekanntmachung enthalte die Acceptation dieser Auslobung, und sei daher ein wesentlich *obligatorisches* Verhältniß entstanden. Die nach Maaßgabe der §§ 25 und 27 der Bekanntmachung vom 18. Mai 1840 der Gesellschaft obliegenden Leistungen überstiegen bei Weitem die Gegenleistungen des Staats und hätten dieses besonders im Jahre 1851 gethan und verstoße daher die Auferlegung der Einkommensteuer nicht allein gegen das contractliche Verhältniß, sondern auch gegen die Billigkeit. Mit den oben genannten Klagen concurrire daher die **condictio ex injusta causa**, **in omnem eventum** die Klage auf Entschädigung, die wiederum dasselbe Object umfasse.

Es ist demnach gebeten, den Beklagten **in qualitate** schuldig zu erkennen, innerhalb 6 Wochen die **pro** 1851 bezahlte Einkommensteuer mit 5 pCt. Verzugszinsen, vom Tage der Einzahlung, also für die eine Hälfte vom 23. Jan., für die andere Hälfte vom 1. Febr. 1852 bis zum Zahlungstage, an die Direction zurückzuzahlen, **ref. exp.**

In der beschafften Einlassung ist die Einzahlung der genannten Summe an die Staatskasse eingeräumt, die Geschichtserzählung aber im Uebrigen in nachstehender Weise vervollständigt. Bereits von der obersten Civilbehörde sei der Direction unterm 14. Jan. 1852 zu erkennen gegeben:

daß, wenn die Direction über die Anwendbarkeit des beregten § 26 auf die Pflichtigkeit der

Eisenbahngesellschaft zur Entrichtung der Einkommensteuer nach Maaßgabe der über diese erlassenen gesetzlichen Bestimmungen ein gerichtliches Erkenntniß zu provociren beabsichtige, das Obersachwalteramt instruirt werden werde, sich auf diese Klage einzulassen.

Während des Bestehens der obersten Civilbehörde sei jedoch die Klage nicht eingebracht worden und habe später das Königl. Ministerium die Anerkennung der ertheilten Befugniß zur Klage verweigert. Nach verschiedenen Zwischenvorgängen habe die Direction nunmehr wiederum gebeten, ihr das rechtliche Gehör zu verstatten,

„wie ihr dasselbe durch Verfügung der obersten Civilbehörde vom 14. Jan. 1852 verstattet worden."

In Folge dieses Gesuchs sei die in der Klage angeführte Bewilligung erfolgt.

Was nun die formelle Gültigkeit des Gesetzes vom 8. März 1851 betreffe, so gehe die Klägerin, indem sie diesen Punkt in Frage ziehe, über ihre Befugniß hinaus, denn einmal könne die Landesregierung sich mit den einzelnen Unterthanen nicht auf einen Streit über die Gültigkeit bestehender Gesetze einlassen, und außerdem sei die Erlaubniß, eine gerichtliche Entscheidung zu erwirken, wie bemerkt, ausdrücklich nur in so weit bewilligt, als es sich um die Anwendbarkeit des § 26 der Bekanntmachung vom 18. Mai 1840 auf die vorliegende Frage handele. Die Beschränkung zu machen sei die Staatsregierung vollkommen befugt gewesen, da sie auch das Recht gehabt, das rechtliche Gehör ganz abzuschlagen, und dazu komme noch, daß die Direction nicht einmal um etwas Anderes, als die beschränkte Gestattung der Klage, gebeten habe. Daher könne Alles, was über die Anwendbarkeit der Verfügung vom 8. März 1851 gesagt worden, als nicht zur Sache gehörig übergangen werden. Wenn ferner die Klage die Behauptung aufstelle, daß die fragliche Verfügung die Bestimmungen des § 18 der Verordnung vom 7. Juli 1849 aufgehoben habe, so ergebe sich der Ungrund dieser Annahme durch einen Blick in jene Verfügung, welche hiervon durchaus nichts enthalte, während sie doch den § 19 modificirt habe, und könne daher lediglich die Anwendung des § 26 der Bekanntmachung vom 18. März 1840 noch streitig sein.

Wenn man nun auch von der längst von der Praxis anerkannten Theorie, daß alle Privilegien unter allen Umständen revocabel seien, absehen wolle, wenn man auch nicht berücksichtigen wolle, daß das Privilegium, wenn es vorhanden sei, nicht allgemein aufgehoben, sondern nur für einen bestimmten Zweck außer Kraft gesetzt worden, so würde doch kein Grund zu einer Klage, wie die vorliegende, da sein, da die Zahlung in Folge eines späteren allgemeinen Gesetzes erfolgt sei.

Der § 26 spreche aber eine allgemeine Steuerfreiheit überall nicht aus, es sei bloß gesagt, daß die Anordnung einer besonderen Steuer, wie sie anderswo den Eisenbahnen auferlegt worden, nicht beabsichtigt werde und daß dieses auch in Zukunft nicht geschehen solle. Eine Exemtion von **künftigen allgemeinen** Lasten liege aber weder in den Worten, noch in dem Sinne des fraglichen Passus. Die erlassenen Lasten und Abgaben seien speciell aufgeführt und daher **implicite** ausgesprochen, daß alle nicht genannten nicht erlassen sein sollten, eine Immunität von allen denkbaren Lasten daher nicht beabsichtigt sei. Namentlich seien auch die Stempelpapier- und Zollabgaben nur bedingt und unter einer Zeitbeschränkung erlassen.

Das Bestreben, das Verhältniß der Regierung zur Eisenbahngesellschaft als ein contractliches darzustellen, bedürfe endlich keiner Widerlegung, indem die Gesellschaft nur eine bestätigte und privilegirte Corporation sei, die allerdings als solche Contracte mit der Regierung schließen könne und auch geschlossen habe. Was übrigens die Leistungen der Eisenbahngesellschaft an den Staat betreffe, so beruhten dieselben auf Contracten, die außerdem noch sehr günstig für die Gesellschaft ausgefallen, und liege sicher kein Grund vor, ein so einträgliches Unternehmen von den allgemeinen Lasten zu befreien.

Mit Rücksicht hierauf ist auf Abweisung der unbegründeten Klage und Kostenerstattung angetragen.

Replicando ist geleugnet worden, daß es die Absicht der Klägerin gewesen, in dem von ihr eingereichten Gesuche um ein beschränktes rechtliches Gehör zu bitten, wie denn auch die von dem Königl. Ministerium überall nicht anerkannte Verfügung der obersten Civilbehörde hier nicht maaßgebend sein könne, und steht, nachdem mündlich duplicirt worden, nunmehr zur Frage, wie zu erkennen sei.

In Erwägung nun, daß zwar von der obersten Civilbehörde der Direction nur gestattet worden ist, über die Anwendbarkeit des § 26 der Bekanntmachung vom 18. März 1840 auf die Pflichtigkeit der Gesellschaft zur Entrichtung der Einkommensteuer ein gerichtliches Erkenntniß zu provociren, und daß, nachdem das Königl. Ministerium die Anerkennung dieser Verfügung verweigert, die Direction ein Gesuch um Bewilligung des rechtlichen Gehörs, wie ihr dasselbe durch die Verfügung der obersten Civilbehörde verstattet worden, eingereicht hat, daß jedoch durch das Ministerialschreiben vom 5. Septbr. d. J. der Direction mit Rücksicht auf dieses Gesuch bewilligt worden

ist, daß über den von ihr erhobenen Anspruch auf Rückzahlung der Einkommensteuer gerichtlich entschieden werde, und daß, da demnach das rechtliche Gehör ohne alle Beschränkung gewährt worden ist, die sämmtlichen zur Begründung des Anspruchs auf Rückzahlung in der Klage vorgebrachten Momente zu prüfen sind;

in Erwägung, daß die durch Bekanntmachung vom 2. Febr. 1851 eingesetzte oberste Civilbehörde allerdings mit gesetzgebender Gewalt nicht ausgerüstet gewesen, daß aber die von derselben unterm 8. März d. J. erlassene Verfügung, betreffend die Erhebung der Einkommensteuer, lediglich als eine Verwaltungsmaaßregel anzusehen ist, indem in dieser Verfügung nur die näheren Anordnungen behufs der Entrichtung der durch die Verordnung vom 7. Juli 1849 ausgeschriebenen Steuer getroffen sind, daß aber durch die angezogene Bekanntmachung der Commissarien des Landesherrn und des Deutschen Bundes ausdrücklich bestimmt worden, daß die seit dem 24. März 1848 erlassenen Verordnungen, mit einigen namhaft gemachten Ausnahmen, für die Dauer der Interimsverwaltung zur Anwendung zu bringen seien, so weit die oberste Civilbehörde dieselben nicht aufhebe oder beschränke, und daß die Commissarien, welche während der damaligen Ausnahmezustände mit der obersten Gewalt im Herzogthum Holstein bekleidet gewesen sind, selbstverständlich die Befugniß gehabt, auch ohne vorgängige ständische Berathung die zur Bestreitung der derzeitigen Bedürfnisse erforderlichen Steuern auszuschreiben;

in Erwägung, daß die in der Klage aufgestellte Behauptung, daß der § 18 der Verordnung vom 7. Juli 1849 durch die Verfügung der obersten Civilbehörde vom 8. März 1851 aufgehoben worden sei, einer näheren Begründung ermangelt und durch den Inhalt dieser Verfügung widerlegt wird, daß demnach, da jener Paragraph ausdrücklich alle allgemeinen und besonderen Steuerexemtionen außer Kraft setzt, die Anwendung der von der Direction behaupteten Befreiung von der Steuer, falls dieselbe im Uebrigen zu rechtfertigen wäre, ausgeschlossen und damit die versuchte Begründung der Klage verfehlt sein würde, indem das Gericht nicht befugt ist, über die Gerechtigkeit des Inhalts bestehender Gesetze zu urtheilen; daß aber im vorliegenden Falle eine solche Befreiung überall nicht vorhanden ist;

in Erwägung nämlich, daß durch die Bekanntmachung vom 18. März 1840 und die auf Grundlage dieser Bekanntmachung ertheilte Concession der Eisenbahngesellschaft keineswegs eine allgemeine Steuerfreiheit zugesichert worden, vielmehr die einzelnen Befreiungen genau bezeichnet worden sind, und daß der § 26, durch welchen die erhobenen Ansprüche begründet werden sollen, nur bestimmt hat, daß von dem Ertrage der Eisenbahn keine Abgabe oder Recognition an die Finanzkasse zu entrichten; daß schon der erläuternde Zusatz: „oder Recognition" darauf hinweist, daß nur eine unmittelbare Besteuerung des Eisenbahnbetriebes ausgeschlossen sei und daß die durch die fragliche Verordnung angeordnete allgemeine Besteuerung des Einkommens den Ertrag der Eisenbahn, als solchen, gar nicht trifft, vielmehr das sämmtliche, über 450 ℔ v. Cour. betragende Einkommen Aller, mit alleiniger Ausnahme des ausschließlich zu milden oder allgemeinen Staatszwecken bestimmten Einkommens, ohne irgend welche Rücksicht auf die Quelle, woraus es fließe, zur Steuer herangezogen ist;

in Erwägung, daß solchemnach die angestellte Klage sich in jeder Beziehung als unbegründet darstellt,

wird, auf eingelegte Recesse, nach stattgehabter mündlicher Verhandlung, in Erwägung vorstehender Gründe, hiemittelst von Obergerichtswegen für Recht erkannt:

> daß die Direction mit der von ihr erhobenen Klage abzuweisen und schuldig sei, dem Beklagten die angeursachten Kosten, deren Ansetzung und Ermäßigung vorbehältlich, zu erstatten.

V. R. W.

Urkundlich rc. **Publicatum** im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 26. Nov. 1855.

Das vorstehende Erkenntniß ist von dem Königl. Oberappellationsgericht, an welches die Direction der Altona-Kieler Eisenbahngesellschaft appellirt hat, in nachstehender Weise bestätigt worden:

Frederik der Siebente &c.

In Sachen der Direction der Altona-Kieler Eisenbahngesellschaft, Klägerin und Appellantin, wider den Holsteinischen Obersachwalter, Namens des Ministeriums für die Herzogthümer Holstein und Lauenburg, Beklagten und Appellaten, wegen Rückzahlung der im Jahre 1851 bezahlten Einkommensteuer zum Belauf von 17,840 ℔ v. Cour. oder 9,514 ℛ 64 ß R.-M., jetzt die Appellation gegen das Erkenntniß des Holsteinischen Obergerichts vom 26. Novbr. 1855 betreffend,

wird, nach verhandelter Sache, unter abschriftlicher Mittheilung der Gegenerklärung des Appellaten an die Appellantin,

in Erwägung, daß durch Resolution der obersten Civilbehörde vom 14. Jan. 1852 der Appellantin der

Rechtsweg nur über die Frage gestattet worden war, inwiefern der § 26 der Bekanntmachung vom 18. Mai 1840 auf die Pflichtigkeit der Eisenbahngesellschaft zur Entrichtung der Einkommensteuer nach Maaßgabe der über diese erlassenen gesetzlichen Bestimmungen Anwendung leide, und die Appellantin in ihrem unterm 14. Aug. 1854 beim Ministerium für die Herzogthümer Holstein und Lauenburg wegen abermaliger Bewilligung des Rechtsweges eingereichten Gesuch ausdrücklich nur gebeten hatte:

„ihr in der rubricirten Sache das rechtliche Gehör in der Weise zu verstatten, wie ihr dasselbe durch Verfügung der obersten Civilbehörde vom 14. Januar 1852 verstattet worden sei,"

wobei die im Lauf dieses Rechtsstreits vorgebrachte Behauptung der Appellantin, das rechtliche Gehör in einem weiteren Umfange gewünscht zu haben, als im vorgedachten Gesuch ausgesprochen war, unberücksichtigt bleiben muß;

in Erwägung, daß, wenn auch das auf dies Gesuch erfolgte, gewierige Rescript des Ministeriums für die Herzogthümer Holstein und Lauenburg vom 5. Sept. 1854 die der gerichtlichen Entscheidung überlassene Frage nicht näher bezeichnet hat, daraus doch nicht die Absicht gefolgert werden kann, mehr zu gewähren, als gebeten worden, zumal da nur die aus dem § 26 der Bekanntmachung vom 18. Mai 1840 hergeleitete Befreiung der Eisenbahngesellschaft von der Bezahlung einer Einkommensteuer ein die Eisenbahngesellschaft allein und als solche betreffender Grund des erhobenen Anspruchs ist, wohingegen die andern von der Appellantin aufgestellten Klagfundamente der Art sind, daß sie eben so gut von Allen, welche die fragliche Steuer entrichtet haben, geltend gemacht werden könnten, sich aber nicht annehmen läßt, das Ministerium habe der Eisenbahngesellschaft nicht bloß die Ausführung ihres behaupteten besonderen Rechts vor Gericht erlauben, sondern dieselbe vor den übrigen Besteuerten begünstigen wollen;

in Erwägung, daß mithin die zur Entscheidung stehende Frage lediglich die ist, ob der mehrerwähnte § 26 der Bekanntmachung vom 18. Mai 1840 wirklich eine Befreiung der Eisenbahngesellschaft von jeder Einkommensteuer begründe, die sonstigen von der Appellantin für die verlangte Rückzahlung angeführten Gründe aber, abgesehen davon, daß sie mit Beziehung auf die Entscheidungsgründe des Obergerichts sämmtlich zu verwerfen gewesen wären, nicht in Betracht kommen;

in Erwägung, daß in dem fraglichen § 26 jedoch nicht die Verheißung der Befreiung von der Theilnahme an einer künftig etwa einzuführenden allgemeinen Einkommensteuer, sondern nur die Zusicherung gefunden werden kann, daß den Unternehmern einer Eisenbahn zwischen Nord- und Ostsee für den ihnen zu gestattenden Betrieb keine besondere Steuer, und zwar weder eine in einem aliquoten Theil des Ertrages bestehende Abgabe, noch eine in einer festen Summe bestehende Recognition werde auferlegt werden, wie dies schon den Worten des § 26:

„Von dem Ertrage der Eisenbahn ist keine Abgabe oder Recognition an die Finanzkasse zu entrichten,"

entspricht, zugleich auch daraus hervorgeht, daß dieser Satz in den mit dem § 17 beginnenden Theil der Bekanntmachung vom 18. Mai 1840, welcher von den in Folge der Anlegung der Eisenbahn zu übernehmenden Pflichten und Leistungen handelt und worin darum passend auch die Frage zu berühren war, ob für die Concession eine besondere Abgabe oder Recognition aufzuerlegen sei oder nicht, nicht aber in dem vorhergehenden Theil, in welchem die der anzulegenden Eisenbahn gewährten Vortheile und Rechte angegeben sind und wo deshalb in den §§ 12 bis 14 die der Eisenbahn wirklich bewilligten Steuerprivilegien ebenfalls stehen, gestellt ist; und

in endlicher Erwägung, daß hiernach der besagte § 26 auf die von der Appellantin zurückverlangte, unterm 8. März 1851 von der obersten Civilbehörde ausgeschriebene Einkommensteuer, da dies eine allgemeine Landessteuer war, keine Anwendung leidet, und daß es daher auch als gleichgültig erscheint, ob die oberste Civilbehörde, indem sie die Verordnung, betreffend eine Einkommensteuer, vom 7. Juli 1849, ihrer Ausschreibung zum Grunde gelegt, zugleich den alle früheren Steuerexemtionen verwerfenden § 18 oder nur die §§ 1 bis 3 dieser Verordnung wieder in Kraft gesetzt habe;

hiermit für Recht erkannt:

daß das angefochtene Erkenntniß zu bestätigen, Klägerin und Appellantin auch schuldig sei, die Kosten dieser Instanz zu erstatten.

Die Ansätze des Anwalts der Appellantin werden zu 40 ℛ 32 ß R.-M., die ihres Procurators zu 5 ℛ 58 ß R.-M. und die des Obersachwalters zu 30 ℛ 90 ß R.-M. bestimmt.

V. R. W.

Urkundlich 2c. Gegeben im Königl. Oberappellationsgericht zu Kiel, den 6. September 1856.

Sind eigene Wechsel gegen den Aussteller, Tratten gegen den Acceptanten ohne Präsentation und Protest klagbar?

(Mitgetheilt von dem Herrn Advocaten Raabe in Itzehoe.)

In einer kleinen Abhandlung (Ueber die Nothwendigkeit der Präsentation und Protestirung eigener Wechsel, deren Aussteller gegenüber. 1855.) hat Herr Advocat Mannhardt in Rendsburg den Satz zu erweisen versucht:

„daß die Präsentation eines eigenen Wechsels zur Zahlung vor Anstellung der Wechselklage nöthig sei und bei Anstellung dieser Klage durch Uekunden liquide gemacht werden müsse."

Dieser Satz dürfte indeß nicht als richtig anzuerkennen sein, es soll daher in diesem Aufsatz die Feage, ob eigene Wechsel gegen den Aussteller, Tratten gegen den Acceptanten ohne Präsentation und Protest klagbar sind, nochmals geprüft werden. Die Frage ist hier allgemeiner gestellt, als in der erwähnten Abhandlung, weil derselbe Grundsatz in dieser Allgemeinheit als gleich richtig gelten wird. Es fragt sich nun, ob die Peäsentation des eigenen Wechsels gegen den Aussteller, der Tratte gegen den Acceptanten zur Anstellung der Klage eeforderlich erachtet werden muß wegen allgemeiner Rechtsgrundsätze, wegen Grundsätze drs allgemeinen Wechseleechts odrr wegrn besondrrer Vorschriften der in Deutschland und besonders in Holstein geltenden Wechselgesetze.

I. Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen wird man nie zu dem Satz gelangen können, daß ein Wechsel, um gegen den Aussteller oder Acceptanten eingeklagt zu werden, zur Zahlung präsentirt sein muß.

Mannhardt stellt es l. c. p. 7 als Erforderniß der Klagbaekeit einer Forderung hin, daß der Schuldner sich in mora befinde, darin befinde sich der Schuldner im Allgemeinen, wenn er am Verfalltage dem Creditor die Zahlung nicht beinge; bei Wechselforderungen aber gerathe der Aussteller oder Acceptant erst durch die Präsentation zur Zahlung in Verzug und sei damit auch erst der Wechsel klagbar (actio nata) gegen ihn.

In diesen Hypothesen der citirten Abhandlung liegen die Irrthümer, welche als Fundament desjenigen Resultates anzusehen sind, zu welchem ihr Verfasser schließlich gelangt ist.

Es ist ein Irrthum, daß eine Klage nur dann angestellt werden könne, wenn der Schuldner in mora sei. Die mora tritt nach der richtigen Ansicht bei betagten und unbetagten Foederungen erst mit der geschehenen Mahnung ein, die Klage ist anstellbar (actio nata) bei unbetagten Foederungen sofort, bei betagten Forderungen mit dem Verfalltage,

Savigny, System, Obligat. I, § 59.

Alle Wechsel sind betagte Forderungen, insofern sind sie also einklagbar mit dem Verfalltage; einer mora bedarf es nicht als Voraussetzung der Klage, wie Mannhardt irrthümlich annimmt und daraus folgert, daß es der Präsentation des eigenen Wechsels bedürfe, weil dies die beim Wechsel vorgeschriebene Form sei, eine mora solvendi hervorzubringen. Diese Argumentation beruht also zunächst auf einer Verwirrung der keineswegs zusammenfallenden Begriffe mora und actio nata. (Vgl. Savigny, System, Bd. 5 p. 285., Bd. 6 p. 81).

Das Königl. Holsteinische Obergericht hat in einem Rechtsfall (Schl. Holst. Anz. 1850, Stück 47) aus einem andern Grunde die Präsentation des Wechsels vor Anstellung der Wechselklage verlangt;*) dieser

---

*) Das Holsteinische Obergericht hat allerdings in dem angeführten und in einem späteren Falle die vorgängige Präsentation des Wechsels vor Erhebung der Klage beim eigenen Wechsel für nothwendig erklärt, in einem neulich vorgekommenen Falle aber, den wir nächstens mittheilen werden, für die entgegengesetzte Ansicht sich entschieden.

Für diese scheint auch die Theorie sich ziemlich einstimmig ausgesprochen zu haben. So wird namentlich in Schletter's Jahrbüchern der Deutschen Rechtswissenschaft I, 1 (Art. Wechselrecht) bemerkt:

„Die rechtzeitige Präsentation eigener Wechsel zur Zahlung ist von einigen Gerichten als Erforderniß der Klaganstellung gegen den Aussteller angesehen worden. Allein es haben sich so allseitig die Stimmen der Juristen gegen dies Requisit erklärt, daß man wohl annehmen darf, es sei diese Controverse bereits wieder beseitigt."

Auch ist über diese Frage zu vergleichen:

Archiv für Deutsches Wechselrecht I, S. 443, und dagegen II, S. 206, 328 und III, S. 198, 412.

In dem 5. Bande, Heft 1, dieses Archivs sind mehrere Entscheidungen Oesterreichischer Gerichtshöfe mitgetheilt, welche in verschiedenem Sinne sich aussprechen, in der Mehrzahl aber die Nothwendigkeit der Präsentation in Abrede ziehen.

Besonders bemerkenswerth ist ein in den von den Oberappellationsräthen Buchka und Budde herausgegebenen Entscheidungen des Rostocker Oberappellationsgerichts, Bd. 1 S. 57, abgedrucktes Erkenntniß dieses Gerichts, in dessen Entscheidungsgründen es heißt:

„Nach dem Ablaufe des Zahlungstages ist actio nata und, wenn die Präsentation des Wechsels auch erforderlich ist, um den Schuldner in moram zu versetzen, so ist doch das Klagerecht des Gläubigers nicht durch die mora debitoris bedingt, vielmehr ist in Bezug auf die Hauptsache die Klage selbst als Interpellation anzusehen. Dies ist zwar im Art. 44 der A. D. W. O. nicht direct ausgesprochen, weil darin nur von der Erhaltung des Wechselrechts und der Präsentation am Zahlungstage die Rede ist, es würde aber der Natur des Verfahrens in Wechselsachen ganz

Grund ist bereits von Mannhardt l. c. p. 6 bekämpft worden. Das Obergericht fordert Präsentation der eigenen Wechsel als Voraussetzung der Wechselklage gegen den Aussteller, weil auch diese der Indossirung fähig sind, der Wechselschuldner mithin ohne die Präsentation nicht weiß oder zu wissen braucht, an wen er seine Schuld zu bezahlen hat. Gegen dieses Argument, welches sich auch bei Thöl, H. R., § 174, findet, ist einzuwenden:

a) Dieser Grund würde mit demselben Recht gegen jede Klage aus einer cedirbaren Forderung vorgeschützt werden können und würde dazu führen, daß aus keiner Forderung, welche überhaupt cessibel ist, je geklagt werden könnte, denn mit der Anzeige einer geschehenen Cession (Indossament) würde die weitere Veräußerung der Forderung (Wechsels) doch nicht aufhören und immer würde der Schuldner wieder die Ausrede gebrauchen können: „Die Forderung (Wechsel) kann weiter cedirt (indossirt) sein."

Daß Wechsel gewöhnlich nach der Präsentation eben so wohl, wie andere Forderungen nach der Mahnung, weiter veräußert werden können, ohne minder klagbar zu werden, ist bekannt,

cf. Holst. W. O., § 16.

Erst nach angestellter Klage hört das Indossiren der Wechsel auf, weil der Wechsel zur Legitimation dem Gericht übergeben sein wird und weil litigiose Forderungen nicht cessibel sind.

b) Der Grund, welchen das Obergericht für seine Ansicht anführt, würde aber auch nicht einmal auf alle Fälle passen; denn eben so wohl wie bei einer gewöhnlichen Forderung die Cession, kann bei einem Wechsel die wechselrechtliche Indossirung ausgeschlossen werden,

Holst. W. O., § 9,

und auf solche Fälle würde die Argumentation des Obergerichts selbst dann nicht passen, wenn sie auch im Uebrigen richtig wäre.

In jedem Proceß hat der Richter die Legitimation des Klägers als genügend anzusehen, wenn dieser nachweis't, daß das Klagerecht rechtlich auf ihn übergekommen ist; die bloße Möglichkeit des Verlustes des Klagrechts giebt dem Beklagten in keiner Proceßart, am wenigsten beim Mandats- und Wechselproceß, ein Recht auf Abweisung der Klage.

II. Die Grundsätze des allgemeinen Wechselrechtes sind von Mannhardt ferner für die von ihm vertheidigte Ansicht angeführt. Er beruft sich auf die Natur der Sache, l. c. p. 6. Diese sog. Natur der Sache, das einfache Princip (welches Mannhardt freilich bei allen Forderungen annimmt) ist ihm die mora, welche bei allen Wechseln eben durch Präsentation hervorgerufen werden und ohne welche mora ein Wechsel zwar klagbar, aber dennoch ohne jeglichen zwingenden Effect gegen jeden Wechselschuldner bleiben soll. Dies einfache Princip liegt nach seiner Behauptung dem Wesen jedes Wechsels zum Grunde und ist in den modernen Gesetzgebungen nirgends verleugnet, l. c. p. 7.

Unleugbar hat das Wechselrecht einen überwiegend formalen Character, welcher sich in den sogenannten wechselmäßigen Formen zeigt. Als solche sind anzusehen: der Wechsel, Wechselvertrag und bedingungsweise: Protest und Präsentation; ja sogar die Notification,

Thöl, Handelsrecht, § 150;
Beseler, System des gem. Deutschen Privatrechts, Berlin 1855, **III**, § 235.

Präsentation ist die solenne Mahnung, mit welcher die Folgen der mora eintreten; Protest solennes Beweismittel über die geschehene Präsentation; daß beide Formalitäten aber wesentlich für das Wechselrecht und den Wechselproceß wären, wird nicht behauptet werden können, da Protest und Präsentation durch Vereinbarung beseitigt werden können, ohne daß dem Wechsel dadurch seine wechselmäßige Bedeutung entzogen würde; freilich gilt ein Verzicht auf den Protest noch nicht als Verzicht auf rechtmäßige Präsentation; aber sowohl über die Art der Präsentation, als auch darüber, ob die Präsentation ganz wegfallen solle, kann nach Willkür bestimmt werden,

Holst. W. O., § 42, 91.

---

widersprechen, wenn der die Aechtheit des Wechsels anerkennende Schuldner berechtigt wäre, die Zahlung so lange zu verweigern, bis der Beweis der geschehenen Präsentation geführt wäre. Dies kann auch um so weniger angenommen werden, weil der Wechselinhaber dadurch genöthigt sein würde, zur Sicherung des Erfolges seiner Wechselklage über die geschehene Präsentation einen Protest aufnehmen zu lassen, um hiedurch sofort den Beweis derselben zu erbringen, während es doch nach der A. D. W. O. keinem Zweifel unterliegt, daß die Protesterhebung, abgesehen von dem Fall des Art. 43, nur für die Regreßklage erforderlich ist. Dagegen versteht sich anderseits von selbst, daß der Acceptant, der zur Zahlung bereit ist, zur Erstattung der Kosten nicht verurtheilt werden kann, wenn der Wechselinhaber ohne zuvorige Präsentation zur Klage schreitet, vielmehr dieser in einem solchen Falle die unnöthig verursachten Kosten tragen und beziehungsweise dem Wechselschuldner erstatten muß. Dasselbe gilt hinsichtlich der Zinsen. Der Acceptant wird erst durch die Mahnung, unter Vorlegung des quittirten Wechsels, in moram versetzt und daher auch erst von diesem Zeitpunkt an zur Zahlung von Verzugszinsen verpflichtet. Die Regel dies interpellat pro homine leidet auf Wechselschulden keine Anwendung, weil der Wechselschuldner nur gegen Aushändigung des quittirten Wechsels zu zahlen braucht und nicht der Schuldner verpflichtet ist, den ihm häufig unbekannten Wechselinhaber aufzusuchen, sondern umgekehrt dieser den Wechsel zur Zahlung zu präsentiren hat." A. d. R.

Wäre es eine Unmöglichkeit, die Präsentation zu erlassen, so wäre es recht einfältig, in Wechselordnungen die Bestimmung aufzunehmen, „ohne Protest", heißt nicht „ohne Präsentation". Von manchen Schriftstellern ist behauptet, daß der Wechselprotest nicht das ausschließliche Beweismittel vergeblicher Präsentation zur Zahlung sei und nur nachgewiesene Usance oder positive Gesetze konnte man zur Widerlegung gegen solche Behauptung anführen; aus inneren Gründen ließ sich eine willkürliche Form nicht herleiten; und das Besondere und Eigenthümliche bei dem Protest und der Präsentation ist die Willkürlichkeit (Solennität) der Form; dieselbe entspringt nicht aus dem Wesen des Wechsels, Wechsel und Wechselrecht lassen sich denken ohne Protest und Präsentation, und kein neuerer Jurist, welcher das Wesen des Wechsels richtig aufgefaßt hat, sieht in der Präsentation und dem Protest juristische Handlungen, welche ihrem wahren Inhalte nach dem besonderen Wesen des Wechsels entspringen und dem Wechselrecht ausschließlich angehören.

Nach allgemeinem Wechselrecht bestehen keine besonderen Rechtsregeln darüber, ob und wann eine Mahnung zur Zahlung der Klage aus einem Wechsel gegen Acceptanten und Aussteller eines eigenen Wechsels vorhergehen müsse oder darüber, daß der Protest das einzige Beweismittel der beschafften Mahnung sei, auch würden solche Regeln eines inneren Grundes entbehren. Wenn also behauptet wird, es folge aus dem Princip des Wechselrechts, daß „Präsentation zur Zahlung der Wechselklage eben so wie **mora** jeder andern Schuldklage vorausgehen müsse;" so ist das Eine eben so falsch, wie das Andere. Weder das gemeine Wechselrecht, noch das gemeine Obligationenrecht enthält solche Rechtsregeln.

III. Noch sind für die hier bekämpfte Ansicht von dem öfter genannten Verfasser einzelne Gesetzesstellen aus der Holsteinischen und Deutschen Wechselordnung angeführt worden, um darauf die von ihm aufgestellte Ansicht zu stützen. Auf solche Gesetzesstellen haben sich auch manche Gerichte, z. B. das Wechselgericht der Stadt Kiel, berufen, doch können die Gesetzesstellen mindestens eben so gut gegen, als für jene Ansicht angeführt werden. Die betreffenden Gesetzesstellen sind:

Holst. W. O., § 91, 98, Nr. 10; § 39 Abschn. 1, 98, Nr. 5, § 40 (41 **in fine**),

und nach Ansicht des Kieler Wechselgerichts:

Allgem. Deutsche W. O., **art. 41 sub 1**, (**cf.** Holst. W. O., § 41),

sowie nach der Redactionsnote der Schl. Holst. Anz. 1850, Stück 47:

Allgem. Deutsche W. O., **art.** 99 (Holst. W. O., § 99),

welche Stelle M. zwar für unzutreffend hält, jedoch aus einem verkehrten Grunde,

Mannhardt, **l. c. p.** 6.

a) Im § 91 der Holst. W. O. wird bestimmt: „Die Präsentation zur Annahme oder Zahlung, die Protesterhebung, sowie alle sonstigen bei einer bestimmten Person vorzunehmenden Acte müssen in deren Geschäftslocal und in Ermangelung eines solchen in deren Wohnung vorgenommen werden. An einem andern Orte kann dies nur mit beiderseitigem Einverständnisse geschehen."

b) Der § 39, Abschn. 1 der Holst. W. O. lautet: „Der Wechselschuldner ist nur gegen Aushändigung des quittirten Wechsels zu bezahlen schuldig."

c) Der § 40 **l. c.**: „Wird die Zahlung des Wechsels zur Verfallzeit nicht gefordert, so ist der Acceptant nach Ablauf der für die Protesterhebung Mangels Zahlung bestimmten Frist befugt, die Wechselsumme auf Gefahr und Kosten des Inhabers bei Gericht oder bei einer andern zur Annahme von Depositen ermächtigten Behörde oder Anstalt niederzulegen. Der Vorladung des Inhabers bedarf es nicht."

(§ 41 **in fine**): „Die Erhebung des Protestes ist am Zahlungstage zuläßig, sie muß aber *spätestens am zweiten* Werktage nach dem Zahlungstage geschehen."

d) Deutsche W. O., **art.** 41 (Holst. W. O., § 41): „Zur Ausübung des bei nicht erlangter Zahlung stattgehabten Regresses gegen den Aussteller und die Indossanten ist erforderlich:

1) daß der Wechsel zur Zahlung präsentirt worden ist, und

2) — — —"

Im § 98 Nr. 10 und 5 wird nur gesagt, daß die §§ 91 und 39, 40, 41 auch auf eigene Wechsel Anwendung finden.

e) Allgem. Deutsche W. O. **art.** 99 lautet ebenso, wie § 99 der Holst. W. O.: „Eigene domicilirte Wechsel sind dem Domicilirten oder, wenn ein solcher nicht benannt ist, dem Aussteller selbst an demjenigen Orte, wohin der Wechsel domicilirt ist, zur Zahlung zu präsentiren und, wenn die Zahlung unterbleibt, dort zu protestiren. Wird die rechtzeitige Protesterhebung beim Domiciliaten versäumt, so geht dadurch der wechselmäßige Anspruch gegen den Aussteller und die Indossanten verloren."

(Der Schluß folgt.)

Allerhöchst privilegirte
Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

44. Stück. Den 3. November 1856.

Sind eigene Wechsel gegen den Aussteller, Tratten gegen den Acceptanten ohne Präsentation und Protest klagbar?

(Beschluß.)

Zu diesen Gesetzstellen ist nun zu bemerken:

Ad a (§ 91 l. c.). Aus dieser Stelle kann nicht gefolgert werden, daß Präsentation zur Zahlung der Wechselklage gegen Acceptanten oder Aussteller vorhergehen müsse; es steht in diesem Paragraphen nur, daß,

> wenn eine Präsentation zur Zahlung nöthig ist, dieselbe im Geschäftslocal oder in der Wohnung des Präsentaten vorgenommen werden muß, wo nicht ein anderer Ort vereinbart wurde;

ob eine Präsentation zur Zahlung immer nöthig sei, ist aus dem § 91 nicht zu ersehen. Soll aus dem § 91 auf die absolute Nothwendigkeit einer Präsentation zur Zahlung vor Anstellung einer Wechselklage geschlossen werden, so müßte ebenfalls daraus auf absolute Nothwendigkeit der Präsentation zur Annahme (Accept) und zur Protesterhebung vor jeder Wechselklage gegen den Aussteller geschlossen werden, und daran wird jetzt doch Niemand mehr denken,

> Thöl, Handelsrecht, § 200;
> Beseler, System, Bd. 3 § 238;
> Holst. W. O., § 19.

Noch möchte bemerkt werden, daß, wenn das Gesetz l. c. festsetzt, daß Präsentation zur Zahlung ohne abweichende Vereinbarung im Geschäftslocal oder in der Wohnung des Acceptanten (Trassaten) stattfinden müsse, damit schwerlich eine Präsentation zur Zahlung vor Gericht als ungenügend bezeichnet werden sollte.

Ad b (§ 39 l. c.). Wie gerade aus diesem Paragraphen gefolgert werden kann, daß der Wechselklage gegen den Acceptanten oder Aussteller Präsentation zur Zahlung vorausgehen müsse, ist völlig räthselhaft. Bei jeder Schuldforderung, über welche ein Document (Schuldschein) ausgestellt ist, hat der Schuldner das Recht, gegen Zahlung der Schuld die Aushändigung des quittirten Schuldscheins zu verlangen; daraus aber zu folgern, daß der Schuldschein dem Schuldner präsentirt werden müsse, bevor der Gläubiger ihn verklagen könne, ist durchaus ungerechtfertigt.

Ad c (§ 40, 41 in f. l. c.). Thöl, Handelsrecht, § 174, erkennt an, daß es keinen juristischen Grund gebe, woraus man die Verpflichtung des Wechselschuldners herleiten könne, dem Wechselgläubiger das schuldige Geld hinzubringen, eben so wenig aber sei eine Verpflichtung des Wechselgläubigers juristisch nachweisbar, das schuldige Geld abzuholen; jedoch sei in den meisten Wechselordnungen die Verpflichtung des Wechselgläubigers ausgesprochen, das schuldige Geld abzuholen, und dafür scheine die kaufmännische Ansicht zu sein. Diese Ansicht Thöl's ist richtig und harmonirt mit der Ansicht Savigny's über den Zahlungsort bei Obligationen,

> Savigny, Obligationenrecht, Bd. 1 § 49.

Die Deutsche und Holsteinische Wechselordnung § 40, 41 giebt dem Wechselschuldner nur das besondere Recht, die Wechselsumme zu deponiren, sofern selbige nicht zur Verfallzeit gefordert ist. Wenn der Wechselschuldner von diesem Recht der Hinterlegung Gebrauch gemacht hat, so ist er von der Wechselschuld befreit und kann aus dem Wechsel nicht weiter belangt werden; daraus aber, daß ihm das Recht der Hinterlegung außerordentlicher Weise gestattet ist, zu schließen, daß er, wenn er von diesem Recht keinen Gebrauch macht, doch nicht auf Zahlung belangt werden könne, ist nicht wohl möglich. Man könnte eben so gut schließen, daß, wenn der Wechselschuldner vom Recht der Hinterlegung keinen Gebrauch gemacht habe, er überall nicht mehr zu zahlen brauche.

In den §§ 40, 41 in f. liegt gerade die Aner-

kennung der richtigen Ansicht über Anbieten der Zahlung und Aufforderung zur Zahlung, nur ist das Recht des Schuldners, dem Gläubiger Zahlung zu offeriren, dahin modificirt, daß er das schuldige Geld ausnahmsweise auch hinterlegen darf.

Ausdrücklich bestimmt das Gesetz, daß es zur Hinterlegung der Wechselsumme nicht der Vorladung des Inhabers bedürfe. Der gewählte Ausdruck „Vorladung" ist hier nicht zu pressen; das Gesetz will sagen, daß dem Wechselgläubiger vor der Hinterlegung die Wechselschuld nicht angeboten zu werden braucht; denn darin eben besteht das Abweichende der Hinterlegung einer Wechselschuld von der Hinterlegung einer andern Schuld, daß letztere nicht ohne vorher gehörig versuchte Zahlung geschehen dürfte.

Ad d (Deutsche W. O. art. 41, Holst. W. O. 41.). Mit Recht hat Mannhardt l. c. p. 5 die Anwendbarkeit dieser Gesetzesstellen auf die vorliegende Frage bestritten. Die Voraussetzung (Bedingung) der Wechselregreßklage gegen den Aussteller (Trassanten) einer Tratte und den Indossanten jedes Wechsels ist rechtswidrige Nichtzahlung von Seiten des Acceptanten oder Ausstellers eines eigenen Wechsels; daher muß die Präsentation des Wechsels der Wechselregreßklage vorhergehen und bewiesen werden (Protest). Trassant und Indossant versprechen bedingt; Acceptant aber und Aussteller eines eigenen Wechsels unbedingt,

Thöl, Handelsrecht, § 213;
ibid. § 269;
ibid. § 278 (p. 454).

Es kann daher nicht zweifelhaft sein, daß § 41 der Holst. W. O. für die vorliegende Frage, da es sich nicht um eine Regreßklage handelt, völlig irrelevant ist.

Ad e (Allgem. Deutsche W. O. art. 99, Holst. W. O. § 99.). Die citirte Stelle ist eine fast wörtliche Wiederholung des § 43 (über domicilirte Tratten) und enthält die Regel, welche sich von selbst versteht, daß, wenn ein eigener Wechsel indossirt oder unter Benennung eines Domicilirten domicilirt ist, der Wechsel dem Domiciliaten gehörig zur Zahlung präsentirt und protestirt werden muß, widrigenfalls der wechselmäßige Anspruch gegen Aussteller und Indossanten verloren geht. Es ist also nur von indossirten domicilirten eigenen Wechseln und nicht indossirten domicilirten eigenen Wechseln, in welchen ein bestimmter Domiciliat genannt ist, die Rede und für solche Fälle, weil und so weit ein Regreßrecht erworben und conservirt werden soll, festgesetzt, daß es hier wie bei jedem Wechselregreß der Präsentation und des Protestes bedarf.

Mannhardt l. c. p. 6 hat nun die Ansicht, daß auch die Klage gegen den Aussteller aus einem eigenen domicilirten Wechsel, in welchem ein Domiciliat nicht genannt ist, eine Wechselregreßklage sei und verlangt daher Präsentation zur Zahlung und Protest Mangels Zahlung. Die Ansicht ist irrig; und auch Mittermaier, Deutsch. Pr. R., § 357 sub **II. VI.**, welchen der genannte Verfasser für sich als Auctorität anführt, sagt gerade das Gegentheil. Bei diesem l. c. sub **VI.** nämlich heißt es:

„Bei dem domicilirten eigenen Wechsel muß unterschieden werden, ob der Wechsel ein **unbestimmtes** Domicil hat, oder ein **bestimmtes** Domicil erhielt. [15]) In letztem Fall ist Präsentation zur Zahlungszeit im Domicil nothwendig."

Anm. 15: „Z. B. im **ersten** Fall, wenn es heißt: **ich** zahle in Frankfurt, oder im **zweiten** Falle: zahlbar in Frankfurt bei Herrn — —."

Hieraus ergiebt sich, daß Mittermaier einen Wechsel mit unbestimmtem Domicil (erster Fall) denjenigen nennt, in welchem kein bestimmter Domiciliat genannt ist; und bei solchen Wechseln bedarf es selbst nach Mittermaier keiner Präsentation zur Zahlung.

Außer Mittermaier lassen sich noch weit gewichtigere Auctoritäten des Wechselrechts für die richtige Auffassung anführen, wonach die Klage gegen den Aussteller aus einem domicilirten Wechsel ohne bestimmten Domiciliaten keineswegs eine Regreßklage, sondern eine directe Wechselklage ist, für deren Anstellung es daher keiner Präsentation zur Zahlung und Protestes bedarf,

Thöl, Handelsrecht, § 278 p. 454;
Beseler, System, § 240 p. 422, § 246 p. 457.

Thöl, l. c. p. 453, sagt nicht mit Unrecht, daß ein eigener Wechsel, welcher einen Andern (Domiciliatwechsel mit bestimmtem Domicil, wie Mittermaier l. c. und Treitschke, Encyclopädie, Bd. 1 S. 385 sequ. sagen), nicht den Wechselgeber als Zahler bezeichnet, kein eigener Wechsel, sondern eine Tratte sei, daher ist bei solchen Wechseln von einem Regreß gegen Aussteller, also auch von einer Präsentation zur Zahlung und Protest, die Rede. Nur einen eigenen domicilirten Wechsel ohne bestimmten Domiciliaten nennt Thöl einen eigenen Wechsel (nicht Tratte) und sagt hierüber:

„Wenn die Zahlung am Domicil ausbleibt, so ist der Klage zu einer andern Zeit wie an einem andern Ort gegen den Wechselgeber ein Protest Mangels Zahlung nicht wesentlich, denn es steht die Verpflichtung des Wechselgebers, später zu zahlen, nicht unter der Bedingung, daß die gehörige Zahlung ausgeblieben ist."

NB. 10: „Nicht der Wechselnehmer hat zu beweisen, daß die gehörige Zahlung ausgeblieben ist, sondern der Wechselgeber hat zu beweisen, daß sie erfolgt ist, die Einrede der Zahlung, welche er behauptet (und beweisen muß), wenn er die Nichtzahlung leugnet."

Beseler, l. c. p. 422:

„Der Domicilwechsel ist bei dem Domiciliaten zu präsentiren und zu protestiren; ist aber kein Domiciliat benannt worden, so muß der Bezogene selbst an dem Zahlungsort aufgesucht und, wenn er nicht zu finden ist, ein Protest in den Wind aufgenommen werden. In beiden Fällen gilt der Protest als eine Solennität, deren Versäumung den Verlust des Regresses zur Folge hat, in einer Beziehung findet aber ein wesentlicher Unterschied Statt. Hat nämlich der Gläubiger den Protest bei dem Domiciliaten unterlassen, so verliert er auch seinen wechselmäßigen Anspruch gegen den Acceptanten, der ihm, wenn der Letztere selbst den Wechsel am Domicil hätte einlösen sollen, wegen dieser Versäumung der Diligenz nicht entzogen wird. Deutsche W. O. art. 43."

Dasselbe gilt nach Beseler l. c. p. 457 auch bei eigenen Wechseln, welche domicilirt sind, nach art. 99 der Deutschen W. O.

Hiernach dürften Diejenigen widerlegt sein, welche sich auf die Holst. W. O. § 99 berufen wollen, um die Präsentation zur Zahlung als wesentliche Voraussetzung der Wechselklage gegen den Acceptanten und Aussteller zu erweisen.

Zur Kritik der obenerwähnten Ansicht und der Gründe, welche für sie von verschiedenen Seiten beigebracht sind, dürfte hiermit Genügendes gesagt sein.

Zur festen Begründung der richtigen Ansicht,

daß eigene Wechsel gegen den Aussteller, Tratten gegen den Acceptanten ohne Präsentation (also auch ohne Protest) klagbar sind,

dürfte noch folgende Erörterung genügen:

Die Präsentation zur Zahlung ist die wechselmäßige Form der Mahnung; so wenig man nach gemeinem Recht die Mahnung als Voraussetzung einer Klage fordern darf, so wenig wird dieselbe nach gemeinem Deutschen Wechselrecht als Voraussetzung der Anstellung einer Klage aus dem Wechselversprechen gegen den Acceptanten oder Aussteller gefordert, wie oben schon dargethan; vielmehr sprechen sich die bewährtesten Rechtslehrer gegen eine solche Ansicht aus, und eben so unzweifelhaft geht aus der Deutschen W. O. hervor, daß Mahnung (Präsentation zur Zahlung, Thöl l. c. p. 455) eine Voraussetzung der Wechselklage gegen den Acceptanten und Aussteller nicht sei.

Die Ansicht der bewährtesten Rechtslehrer zunächst betreffend, so geht dieselbe schon aus den oben citirten Stellen hervor; hier mag nur noch angeführt werden:

Mittermaier, D. Pr. R., § 357 sub III, sagt: „Der Gläubiger (aus einem eigenen Wechsel) hat die Wechselklage, ohne daß Präsentation, Acceptation und Protest nothwendig werden."

Nicht weniger deutlich haben sich Thöl l. c. und Beseler l. c. ausgesprochen; Beseler, l. c. § 240 p. 423, sagt noch:

„Im Allgemeinen ist der wechselmäßige Anspruch gegen den Acceptanten von der Präsentation und Protestation Mangels Zahlung nicht bedingt. Ihm gegenüber [also auch gegenüber dem Aussteller eines eigenen Wechsels] gelten diese Handlungen nicht als Solennitäten; aber die Präsentation ist doch nothwendig, um ihn in Verzug zu bringen, und bis sie geschehen, haftet er daher auch nicht für Verzugszinsen."

cf. ibid. p. 457 NB. 14.

In einer Note bemerkt Beseler noch, daß ältere Wechselgesetze und Juristen, ja selbst neuere Juristen mit dem Verfalltag die Folgen des Verzuges eintreten lassen.

Eben so wie Beseler legt Thöl der Präsentation (und dem Protest) gegen Aussteller (bei eignen Wechseln) und Acceptanten nur die Bedeutung der Mahnung bei, d. h. sie ist nöthig als Voraussetzung des Verzugs, als Voraussetzung der Klage aus dem Verzug, nicht der Klage aus dem Wechselversprechen. Thöl, l. c. p. 453.

Nun noch die Holsteinische Wechselordnung.

Der § 44 lautet:

„Zur Erhaltung des Wechselrechts gegen die Acceptanten bedarf es, mit Ausnahme des im § 43 erwähnten Falles (wenn auf einen Domiciliaten acceptirt ist), weder der Präsentation am Zahlungstage, noch der Erhebung eines Protestes."

Diese Gesetzesstelle versteht Mannhardt so, daß darin die Frage nicht entschieden werde über die Nothwendigkeit der Präsentation zur Zahlung vor Anstellung der Wechselklage, sondern daß das Wechselrecht als ein Ruhendes nicht verloren gehe, wenn nicht rechtzeitig, d. h. zwei Tage nach dem Verfalltage, präsentirt sei. Derselbe sagt: „Nach dem § 44 cit. habe der Creditor bei nicht rechtzeitiger Präsentation die Möglichkeit, das Schuldverhältniß mit der Wechselstrenge zu verfolgen; jedoch sei zur processualischen Durchführung noch eine andere Handlung des Creditors, nämlich Präsentation zur Zahlung,

nöthig." Gewiß kann diese Interpretation mit bestem Recht mindestens eine gezwungene genannt werden, und man kann sich auf Beseler als eine Auctorität für richtigere Interpretation berufen; indeß es ist nicht nöthig, den § 44 als unzweifelhafte Beweisstelle für die richtige Ansicht zu urgiren, es giebt deren andere in der Wechselordnung; gehen wir zu diesen über:

W. O. § 73:

„Der Eigenthümer eines abhanden gekommenen Wechsels kann die Amortisation desselben bei dem Wechselgerichte des Zahlungsortes beantragen. Der Antragende muß eine Abschrift des Wechsels beibringen oder doch den wesentlichen Inhalt und alles das, was das Gericht zur vollständigen Erkennbarkeit für nöthig hält, angeben, auch den Besitz und Verlust glaubhaft machen. —

Nach Einleitung des Amortisationsverfahrens kann der Eigenthümer des abhanden gekommenen Wechsels vom Acceptanten Zahlung fordern, wenn er bis zur Amortisation des Wechsels Sicherheit bestellt." — —

Will man etwa verlangen, daß verlorne Wechsel, um gegen den Acceptanten klagbar zu bleiben, vorher präsentirt sein müssen? oder soll aus einem verloren gegangenen nicht präsentirten Wechsel wechselmäßig (W. O. § 101, cf. Thöl l. c. p. 507) geklagt werden können, während aus einem vorhandenen nicht präsentirten Wechsel nicht geklagt werden dürfte?

Wahrlich, zu so widersinnigen Schlüssen giebt das Gesetz keinen Anlaß!

W. O. § 77:

„Der wechselmäßige Anspruch gegen den Acceptanten verjährt in drei Jahren, vom Verfalltage des Wechsels angerechnet."

Ibid. § 100:

„Der wechselmäßige Anspruch gegen den Aussteller eines eigenen Wechsels verjährt in drei Jahren, vom Verfalltage angerechnet."

In jedem Compendium des gemeinen Rechtes steht als erste Bedingung der Klagverjährung obenan: **Actio nata!** Die Verjährung der Wechselklage (nicht der Regreßklage) beginnt mit dem Verfalltage, also ist die Klage mit dem Verfalltage **actio nata**, d. h. kann ohne Weiteres angestellt werden; es bedarf dazu nicht der Präsentation zur Zahlung. Will man gegen dieses Argument streiten, so muß man annehmen, daß die Deutsche und Holsteinische Wechselordnung mit Hintenansetzung der bekanntesten Rechtssätze geschrieben und erlassen sei.

Man würde endlich mit der entgegengesetzten Ansicht noch auf ein Räthsel stoßen, welches zu lösen mir nicht gelungen ist.

Die Wechselklage gegen Acceptanten und Aussteller eigener Wechsel verjährt in drei Jahren vom Verfalltage. Unterbrochen wird die Verjährung durch Behändigung der Klage. Voraussetzung der Klage ist nach jener irrigen Ansicht Präsentation und Protest (wenn der Wechsel nicht zufällig „ohne Protest" lautet). Nun darf der Protest nur bis Abends 7 Uhr erhoben werden (W. O. § 92). Am letzten Tage der Verjährung nach 7 Uhr Abends hat der Wechselinhaber also einen klagbaren Wechsel, aus welchem doch nicht geklagt werden kann.

Indeß dies Räthsel mag auf sich beruhen; mit genügenden Gründen möchte die Ansicht, welche zu solchem Räthsel führt, widerlegt sein.

Entscheidungen.

Ueber das Erforderniß der Präsentation zur Zahlung bei eigenen Wechseln.

In Sachen des Bäckers Hans Friedrich Zißmer in Heide, Imploraten, jetzt Supplicanten, wider den Kaufmann G. Lange in Altona, Imploranten, jetzt Supplicaten, wegen einer Wechselforderung von 79 ℳ 2 ß R.-M. s. w. d. a.,

ergeben die Acten:

Der Supplicat hat am 15. Juni v. J. einen 6 Monate **a dato** laufenden Wechsel auf 79 ℳ 2 ß R.-M. an eigene Ordre auf den Supplicanten gezogen, welcher von diesem am 9. Juli v. J. acceptirt worden ist. Den Betrag dieses Wechsels nebst Verzugszinsen zu 5 pCt. **p. a.**, vom Verfalltage angerechnet, und Kosten hat Supplicat mit der Anführung, daß er denselben gleich nach der Verfallzeit zur Zahlung habe präsentiren lassen, desungeachtet aber keine Zahlung habe erlangen können, bei der Königl. Norderdithmarscher Landvogtei gegen den Supplicanten eingeklagt, welcher zwar die geschehene Acceptation des in Rede stehenden Wechsels eingeräumt, auch keine liquide materielle Einreden vorgebracht, aber die Abweisung der Klage, maaßen sie angebracht worden, beantragt hat, weil die geschehene Präsentation zur Zahlung, die eine wesentliche Voraussetzung der Er-

ig der Wechselklage sei, in der Klage zwar, übri- unwahrer Weise, behauptet, nicht aber, wie im hselprocesse erforderlich, durch Erhebung eines Pro- s und Anlegung der entstandenen Urkunde zur uidität erhoben worden sei.

Nach stattgehabter Verhandlung hat die Königl. bvogtei am 22. Febr. d. J. erkannt: *)

daß Beklagter, Einwendens ungeachtet, schuldig, die libellirte Wechselschuld mit 79 ℳ 2 ß R.-M. nebst 5 pCt. Verzugszinsen vom Verfalltage, als dem 15. Decbr. 1855, angerechnet, und zwar unter Erstattung der zu 29 ℳ 57 ß bestimmten Kosten innerhalb 3 Tagen a **dato**, bei Vermeidung der Wechselexecution, an den Kläger zu bezahlen.

Gegen dieses Erkenntniß hat der Beklagte das Rechtsmittel der Supplication, der gesetzlichen Vorschrift gemäß binnen drei Tagen a **publ.**, eingewandt und binnen drei Wochen prosequirt; seine Beschwerde lautet dahin:

---

*) Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß Kläger auf Grundlage eines an eigene Ordre von ihm ausgestellten, auf den Beklagten gezogenen und von diesem acceptirten Wechsels im Wege des Wechselprocesses darauf angetragen hat, daß Beklagter schuldig erkannt werde, die laut jenes Wechsels schuldigen 79 ℳ 2 ß R.-M. zu bezahlen, unter Kostenerstattung; daß der vorliegende Wechsel am 15. Juni 1855 auf 6 Monate a dato ausgestellt, mithin am 15. December desselben Jahres fällig gewesen ist;

in Erwägung, daß Beklagter sowohl die seinerseits geschehene Acceptation des qu. Wechsels, als die Echtheit seiner Unterschrift anerkannt hat, aber, abgesehen von illiquiden und daher hier nicht zu berücksichtigenden Exceptionalien, aus der Behauptung, Kläger habe ihm den Wechsel zur Verfallzeit n i c h t z u r Z a h l u n g p r ä s e n t i r t, noch bei einer etwanigen Zahlungsweigerung seinerseits Protest levirt und habe, wenngleich er dies in seiner Klage behauptet habe, doch diese Behauptung nicht liquide gemacht, eine Einrede entnimmt, indem er behauptet, es sei die Präsentation zur Zahlung ein gesetzliches und auch in der Natur des Wechselrechts liegendes Erforderniß zur Anstellung der Wechselklage, und daß Beklagter deshalb auf Abweisung des Klägers angebrachtermaaßen angetragen hat;

in Erwägung nun, daß Kläger zwar in seinem Klaglibell behauptet hat, dem Beklagten den Wechsel zur Zahlung präsentirt zu haben, diese Behauptung aber weder durch eine auf der Wechselurkunde befindliche Notiz, noch anderweitig liquide gemacht hat;

daß aber die vorgängige Präsentation des Wechsels zur Zahlung nach dem geltenden Rechte, nämlich der Wechselordnung für das Herzogthum Holstein vom 23. Febr. 1854, nicht als ein allgemeines Erforderniß, sondern nur in einzelnen bestimmten Fällen verfügt ist, und daß der vorliegende Fall zu diesen nicht gehört;

daß in dem vom Beklagten für die gegentheilige Behauptung angezogenen § 40 der Wechselordnung die Präsentation zur Zahlung als ein Erforderniß zur Anstellung der Wechselklage nicht genannt ist, da hierin nur dem Acceptanten als Schuldner, im Falle die Zahlung des Wechsels zur Verfallzeit nicht gefordert wird, nach Ablauf der für die Protesterhebung Mangels Zahlung bestimmten Frist das Recht gerichtlicher Deposition der geschuldeten Summe gewährt wird, von einer Verpflichtung des Wechselinhabers aber, den Wechsel z u r Z a h l u n g z u p r ä s e n t i r e n, wenn er später die Wechselklage anstellen will, derselbe nichts enthält;

daß auch aus der Bestimmung des § 39, daß der Wechselschuldner nur gegen Aushändigung des quittirten Wechsels zu bezahlen verpflichtet sei, jener Rechtssatz nicht zu entnehmen ist, da schon aus dem zweiten Passus desselben Paragraphen hervorgeht, daß doch der Schuldner, der ihm nach § 23 obliegenden Verpflichtung gemäß, z u e r s t z a h l e n m u ß, also nicht die vorgängige Präsentation des Wechsels Seitens des Gläubigers beanspruchen kann;

daß eben so wenig aus der Vorschrift des § 103 der Wechselordnung, daß die zur Begründung der Klage dienenden Urkunden, n a m e n t l i c h W e c h s e l u n d P r o t e s t e, gleichzeitig mit der Klage zu übergeben sind, der excipiendo behauptete Rechtssatz zu folgern ist, indem hier nur von den Protesten als zur Begründung der Klage d i e n e n d e n, nicht aber ausdrücklich als n o t h w e n d i g e n Urkunden geredet wird;

daß auch der § 41 der Wechselordnung zwar die Präsentation zur Zahlung und Aufnahme eines Protestes vorschreibt, aber nur hypothetisch, nämlich nur zur Sicherung des Regresses gegen Aussteller und Acceptanten;

daß dagegen der § 44 ausdrücklich besagt: „z u r E r h a l t u n g d e s W e c h s e l r e c h t s **gegen den Acceptanten** b e d a r f e s, m i t A u s n a h m e d e s i m § 43 e r w ä h n t e n F a l l e s, w e d e r d e r P r ä s e n t a t i o n a m Z a h l u n g s t a g e, n o c h d e r E r h e b u n g e i n e s P r o t e s t e s";

daß aber der § 43 nur von Domicilwechseln redet, mithin diese Bestimmung des § 44 das Erforderniß der Präsentation zur Zahlung in dem vorliegenden, einen Domicilwechsel nicht betreffenden Fall geradezu ausschließt;

daß mithin bei dieser bestimmten Vorschrift des § 44 alle Folgerungen aus einer vermeintlichen Natur des Wechselvertrages und des Rechtsverhältnisses zwischen Wechselgläubiger und Wechselschuldner als unzulässig erscheinen müssen;

daß also hier, wo der Wechselinhaber gegen den Acceptanten nach Wechselrecht klagt, aus der unterlassenen Präsentation zur Zahlung und Erhebung eines Protestes von dem Acceptanten als Beklagten eine Einrede nicht formirt werden kann.

daß erkannt, wie geschehen, und nicht vielmehr Supplicat mit seiner unbegründeten Klage zur Zeit und angebrachtermaaßen abgewiesen ist, unter Verurtheilung in die gesammten Proceßkosten.

Es steht demzufolge zur Frage, ob und in wie weit diese Beschwerde für begründet zu erachten ist.

In Erwägung nun, daß ein an eigene Ordre gezogener Wechsel als eigener Wechsel des acceptirenden Trassaten zu betrachten ist,*) daher die Entscheidung der vorliegenden Supplication von der Beantwortung der Frage abhängt, ob und in wie fern es für die Erhebung der Klage aus einem eigenen Wechsel der vorhergegangenen Präsentation desselben zur Zahlung bedarf;

in Erwägung, daß ein eigener Wechsel, in welchem ein bestimmter Zahlungstermin enthalten ist, eine betagte Forderung des Ausstellers oder in einem Fall, wie der vorliegende, des Acceptanten, begründet, welche, wie jede andere betagte Forderung, mit dem Eintritt des Termins fällig, daher klagbar wird;

in Erwägung, daß eine hievon abweichende Regel aus den Bestimmungen der Holsteinischen Wechselordnung vom 23. Februar 1854 nicht zu entnehmen ist, da dieselbe nur, wo die Möglichkeit eines Regresses bei nicht geleisteter Zahlung vorhanden, die Präsentation zur Zahlung und die Aufnahme eines Protestes, im Fall solche vergeblich geblieben, verlangt;

cf. § 41, 43, 44 und 99 derselben,

daß vielmehr in der Bestimmung des § 100 derselben, wornach der wechselmäßige Anspruch gegen den Aussteller eines eigenen Wechsels in drei Jahren, vom Verfalltage angerechnet, verjähren soll, sich implicite ausgesprochen findet, daß die Klagbarkeit eines eigenen Wechsels mit dem Verfalltage beginnt, da, bevor actio nata vorhanden, von dem Eintritt einer Klagverjährung nicht die Rede sein kann;

in Erwägung aber, daß zur Begründung einer mora des Schuldners vor insinuirter Wechselklage es der Präsentation des Wechsels zur Zahlung bedarf, da der Wechselgläubiger am Verfalltag oder später die Zahlung zu fordern und sich durch Vorzeigung des Wechsels als den zur Entgegennahme derselben Berechtigten zu legitimiren hat, also dem Schuldner, so lange dies nicht geschehen, da er bei der Möglichkeit der Indossation gar nicht wissen konnte, an wen er zu zahlen habe, eine die Folgen der mora gegen ihn begründende schuldvolle Verzögerung der Leistung nicht zur Last gelegt werden kann;

in Erwägung, daß daher das angefochtene Erkenntniß, welches den Supplicanten, der nicht nachgewiesenen Präsentation unerachtet, zur Zahlung von Verzugszinsen, vom Verfalltage des Wechsels angerechnet, verurtheilt hat, in diesem Punkt einer Modification zu unterziehen ist; und

in schließlicher Erwägung, daß zwar der Beklagte der Strenge nach, der nicht nachgewiesenen Präsentation unerachtet, da er auf die erhobene Klage nicht etwa sofort zu wechselmäßiger Zahlung sich bereit erklärt, sondern durch Einreden sich zu schützen gesucht hat, zur Erstattung der Proceßkosten zu verurtheilen wäre, daß aber, da von dem Holsteinischen Obergericht in zwei früheren Fällen die im vorliegenden Fall entscheidende Rechtsfrage im entgegengesetzten Sinne entschieden worden ist, die Vergleichung auch der in der Unterinstanz erwachsenen Proceßkosten der Billigkeit entspricht,

wird, auf die mit Bericht der Königl. Norderdithmarscher Landvogtei vom 12. März d. J. hieselbst eingegangene Supplicationsschrift, bei abschriftlicher Mittheilung der eingegangenen Gegenerklärung, dem Supplicanten von Obergerichtswegen hiedurch zum Bescheide ertheilt:

> daß das angefochtene Erkenntniß der Königl. Norderdithmarscher Landvogtei vom 22. Febr. d. J. zwar in der Hauptsache zu bestätigen sei, Supplicant aber die gegen *ihn erkannten* Verzugszinsen nur von der Insinuation der Klage angerechnet zu bezahlen habe und die sämmtlichen auf diesen Rechtsstreit verwandten Kosten zu compensiren seien.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 4. Septbr. 1856.

Im Arrestproceß bedarf es im Justificationsverfahren, wenn die Anhängigkeit der Hauptsache nachgewiesen ist, in der Regel keiner weitern Bescheinigung des Hauptanspruches. — Vorhandensein der causa arresti.

In Sachen des Carl Friedrich Berg, zur Zeit in Hamburg, Klägers und Impetranten, jetzt Supplicanten, wider den früheren Besitzer des Eicheder Hofes, N. M. Nathanson, Beklagten und Impetraten, jetzt

---

*) cf. Thöl, Handelsrecht, II. § 276.
Gerber, System des D. P. R., § 206.

Supplicaten, appliter. wegen Vollziehung eines Kaufhandels, incid. Arrest, jetzt wider das Erkenntniß des Trittauer Gerichts vom 19./20. Januar d. J.,

ergeben die Acten:

Der Supplicant, welcher wider den Supplicaten bei dem Trittauer Dinggerichte einen jetzt im Beweisverfahren obschwebenden Proceß wegen Vollziehung eines angeblich über den Hof Eichede mit ihm abgeschlossenen Kaufcontractes führt, hatte durch arrestatorische Verfügung die Confirmation eines vom Supplicaten mit dem Landrath Schrader über den Hof Eichede errichteten Kaufcontractes zu verhindern gesucht, das impetrirte Inhibitorium ward jedoch für nicht justificirt erkannt und dies Erkenntniß auf eingelegte Supplication vom Obergerichte bestätigt. Nachdem sodann der mit Schrader vollzogene Contract zur Ausführung gekommen, hat Supplicant zur Sicherung seiner ihm aus dem angeblich zum Abschluß gekommenen Kaufcontract zustehenden Ansprüche auf Entschädigung aufs Neue eine arrestatorische Verfügung impetrirt, indem er unter Bezugnahme auf ein angeschlossenes Schreiben des Landraths Schrader, welches besagt, daß Nathanson an den Kaufgeldern nur noch 3000 ℳ Hamb. Cour. zu fordern habe, wovon 4000 ℳ von einem Holländereipächter Namens Peters mit Beschlag belegt seien, bei dem Trittauer Amthause um Arrestlegung auf die annoch in den Händen des Landraths Schrader befindlichen Kaufgelder bis zum Betrage von 8000 ℳ R.=M. gebeten hat.

Das Trittauer Amthaus hat hierauf in Deferirung dieser Bitte mittelst Decrets vom 20. Aug. v. J. dem Landrath Schrader anbefohlen, von den rückständigen Kaufgeldern für den Eicheder Hof die von dem Impetranten in Anspruch genommene Summe von 8000 ℳ R.=M. oder wie viel weniger etwa in seinen Händen sei, oder nach Befriedigung der Ansprüche des Holländers Petersen verbleiben werde, bei Vermeidung doppelter Zahlung bis auf weitere obrigkeitliche Verfügung weder an den Impetraten, noch an einen Dritten auszuzahlen.

Nach hiernächst stattgehabtem Justificationsverfahren ist jedoch der impetrirte Arrest von dem Gerichte für das Amt Trittau mittelst Erkenntnisses vom 19. Januar d. J.*) für nicht justificirt erachtet und daher unter Verurtheilung des Impetranten zur Kostenerstattung wiederum aufgehoben worden.

Gegen dieses Erkenntniß hat der Impetrant anhero supplicirt, und nach eingezogener Gegenerklärung steht es zur Frage: ob der impetrirte Arrest für justificirt zu erachten?

In Erwägung nun, daß, obwohl die Arrestanlegung, zumal wenn der Impetrant nicht etwa eine genügende Caution für Kosten und Schaden bestellen kann, im Allgemeinen von einer nothdürftigen Bescheinigung des Hauptanspruches wird abhängig gemacht werden dürfen, es doch im Justificationsverfahren mit Rücksicht auf die nachzuweisende Anhängigkeit der Hauptsache in der Regel einer weiteren Bescheinigung desselben nicht bedarf;*) und

---

*) Die demselben vorangestellten Entscheidungsgründe lauten folgendermaaßen:

In Erwägung, daß als wesentliches Requisit eines Arrestes die Bescheinigung der rechtlichen Existenz eines Anspruches außer der zu bescheinigenden Gefährdung solchen Anspruches erfordert wird;

in weiterer Erwägung, daß Justificant sich zur Bescheinigung solchen Anspruches lediglich auf die gerichtsnotorische Anhängigkeit der bereits zum Beweisverfahren gediehenen Hauptsache stützt;

in weiterer Erwägung, daß die Gerichtsnotorietät im vorliegenden Fall nur bis dahin reichen kann, daß das Gericht von dem angeführten Factum, daß die Hauptsache anhängig und bis zum Beweisverfahren gediehen, sowie von den dem Arrestgesuche vom 14./15. August v. J. angelegten Kaufbedingungen Kunde erhalten hat, daß aber weder aus der Anstellung einer Klage an sich auf die rechtliche Existenz eines Anspruches geschlossen werden kann, noch auch die vorgelegten Bedingungen, da sie ohne Unterschrift sind, eine juristische Schlußfolgerung an die Hand geben;

in Erwägung sodann, daß aus den vom Justificanten angezogenen Entscheidungsgründen des vom Konigl. Obergericht unter dem 23. Juli v. J. unter den gleichen Parteien abgegebenen Erkenntnisses keineswegs die Folgerung gezogen werden kann, daß die Rechtshängigkeit der Klage zur Bescheinigung des Anspruches genüge, indem, abgesehen davon, daß jenes Erkenntniß eine specielle und andere Sache betraf, der betreffende Passus hypothetisch redet und lediglich in dem Falle, wo die arrestatorische Verfügung schon zur Sicherstellung eines Anspruches auf das Interesse gerechtfertigt erscheinen möchte, eine weitere Bescheinigung der anhängigen Hauptsache nicht verlangt, ein solcher Fall aber nur unter der Voraussetzung eintreten kann, daß der rechtliche Grund des Anspruches auf das Interesse bescheinigt ist;

in Erwägung endlich, daß, wenngleich eine Gefahr für das Interesse des Justificanten wenigstens in dem Maaße bescheinigt worden, daß es als erwiesen anzunehmen, daß geeignete Executionsobjecte, abgesehen von den fraglichen Kaufgeldern, vom Justificaten im Inlande nicht belassen worden, so doch die Gefährdung des Interesses allein bei dem Mangel der Bescheinigung eines rechtlich begründeten Anspruches die Anlegung eines Arrestes nicht rechtfertigen kann.

*) Holst. Anzeigen 1855, S. 382.

in weiterer Erwägung, daß daher im vorliegenden Fall der impetrirte Arrest für justificirt zu erachten, da

1) wie auch vom jud. a quo in den Entscheidungsgründen anerkannt wird, das Vorhandensein einer causa arresti genügend dargethan worden, indem den beigebrachten Bescheinigungen zufolge Impetrat nach Uebertragung seiner Landstelle an den Käufer Schrader sein sämmtliches Mobiliar, insoweit es nicht mit verkauft worden, nach Hamburg hat befördern lassen, die für den Impetranten augenscheinlich vorhandene Gefahr, daß es nach Auszahlung der mit Arrest belegten Kaufgelder im hiesigen Lande an einem für die etwanige demnächstige Execution dienlichen Vermögensobject gänzlich fehlen werde, durch den Umstand nicht beseitigt wird, daß Impetrat zur Zeit bei einem Gastwirth in Trittau wohnhaft ist, wie es denn auch nicht weniger irrelevant erscheint, daß für den Impetraten der von ihm beigebrachten Bescheinigung nach annoch im October v. J. Handdienste beim Pastorate zu Eichede geleistet worden sind;

2) wenn auch die jetzt bei dem Trittauer Dinggericht anhängige Klage auf Vollziehung des angeblich abgeschlossenen Kaufcontractes gerichtet ist, während der Arrest zur Sicherung der dem Impetranten wegen Nichterfüllung des Contractes zustehenden Entschädigungsansprüche dienen soll, sich doch der hieraus vom Impetraten entlehnte Einwand, daß die Hauptsache, auf welche sich der Arrest beziehe, noch nicht anhängig sei, als unbegründet darstellt, indem mit der Verurtheilung des Beklagten zur reellen Erfüllung der contractlichen Verbindlichkeit zugleich auch die Verpflichtung desselben zur Leistung des als Surrogat für letztere an die Stelle tretenden Interesses richterlich anerkannt wird, und also nur noch die Frage nach der Größe der zu leistenden Geldentschädigung den Gegenstand eines weiteren processualischen Verfahrens wird bilden können;

wird auf die sub præs. den 23. März d. J. hieselbst eingereichte vorrubricirte Supplicationsschrift, bei abschriftlicher Mittheilung der darüber eingezogenen Erklärung des Gegentheils, in Erwägung vorstehender Gründe, hiemittelst von Obergerichtswegen, unter Beseitigung der sententia a qua, zum Bescheide ertheilt:

daß der impetrirte Arrest für justificirt zu erachten, unter Vergleichung der Proceßkosten.

Urkundlich rc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 26. Mai 1856.

Auf die vom Supplicaten hiergegen zur Hand genommene Supplication an das Königl. Oberappellationsgericht erfolgte nachstehender Bescheid:

Namens Sr. Königl. Majestät.

Auf die am 7. Juli d. J. hieselbst eingereichte Supplicationsschrift des früheren Besitzers des Eicheder Hofes, Nathan Michel Nathanson zu Trittau, Impetraten und Justificaten, jetzt Supplicanten, wider Carl Friedrich Berg in Hamburg, Impetranten und Justificanten, jetzt Supplicaten, betr. die Justification eines Arrestes, jetzt Supplication gegen den Bescheid des Holsteinischen Obergerichts vom 26. Mai d. J.,

wird,

in Erwägung, daß über die Justification des betreffenden Arrestes in erster Instanz von dem Trittauer Landgericht ein unbestimmt summarischer Proceß verhandelt und die Sache im Wege der Supplication zur Entscheidung in zweiter Instanz an das Obergericht gebracht worden ist; und

in Erwägung, daß der Versuch des Supplicanten, zu deduciren, daß die Vorschrift des § 62 der Gerichtsordnung für das Oberappellationsgericht, wornach unter diesen Voraussetzungen der Recurs an dasselbe ausgeschlossen bleibt, deshalb auf vorliegende Streitsache keine Anwendung leide, weil selbige nur einen besonders verhandelten Incidentstreit des im ordentlichen Processe vor dem Trittauer Dinggericht anhängig gemachten Processes über den Hauptanspruch, zu dessen Sicherung der impetrirte Arrest dienen soll, bilde und solches Verhältniß schon von Anfang an durch Fassung des Rubrums angedeutet worden, Billigung nicht verdient, da nicht allein der Arrestproceß ohne Einfluß auf die Entscheidung über jenen Hauptanspruch bleibt, sondern im vorliegenden Fall auch beide Processe vor verschiedenen Gerichten geführt worden sind, es also sowohl an materiellen als an formellen Gründen fehlt, zwischen beiden eine solche Verbindung anzunehmen, als erforderlich sein würde, um darauf die Bestimmung des § 61 der Gerichtsordnung für das Oberappellationsgericht über die Zulassung des Recurses wider Entscheidungen von Incidentstreitigkeiten in einem in ordinario verhandelten Processe für anwendbar zu halten;

hiedurch der Bescheid ertheilt:

daß die Supplication nicht anhero erwachsen.

Urkundlich rc. Gegeben im Königl. Oberappellationsgerichte zu Kiel, den 17. Septbr. 1856.

Allerhöchst privilegirte
Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

45. Stück. Den 10. November 1856.

Entscheidungen.

Ueber den Umfang der Verpflichtung zur Anerkennung oder event. eidlichen Diffession von Urkunden.

In Sachen der Ehefrau Sophia Dohrmann, c. c. m., Jochim Hinrich Dohrmann, Hinrich Friederich Dohrmann, Ernst Jürgen Dohrmann, sämmtlich in Darry, Anna Margaretha Elise Dohrmann, c. c., Marg. Doroth. Dohrmann, c. c., beide z. Z. auf Futterkamp, und Anna Catharina Caroline Dohrmann, c. c., z. Z. in Hamburg, Kläger, Producenten, jetzt Supplicanten, wider den Hufenpächter und Bauervogt Dose in Darry, Beklagten, Producten und Supplicaten, hauptsächlich wegen Herausgabe der sub Nr. 35 in Darry belegenen Kathe u. s. w., jetzt Supplication wider den Bescheid des Pankerschen Justitiariats vom 16. September / 2. October v. J.,

sind mittelst rechtskräftigen Beweisinterlocuts beiden Parteien Beweise auferlegt und haben darnach die Supplicanten unter Anderem auch zu beweisen:

> daß durch eine rechtsbeständige Disposition Catharina Margaretha Dohrmann, Sophia Dohrmann und Jochim Albrecht Dohrmann Erben des verstorbenen Johann Hinrich Zipp geworden.

Zur Führung dieses Beweises haben die Kläger dem Beklagten in dem am 13. Septbr. v. J. abgehaltenen Termin das aus dem Gerichtsarchiv entnommene, unterm 10. Februar 1823 errichtete Testament des verstorbenen Zipp zur Anerkennung der Echtheit vorgelegt, worauf der Beklagte zu Protocoll gegeben, daß, da das Testament kein gerichtliches sei, die Unterschriften, resp. Kreuze der Testatoren und Zeugen nicht von einer Obrigkeit oder Notar beglaubigt seien, er sich auf die Erklärung beschränken müsse, daß er diese Unterschriften und Kreuze dritter Personen nicht kenne und das fragliche Testament nicht für dasjenige Actenstück anerkennen könne, wofür solches von den Klägern ausgegeben werde.

Von den Klägern ist hiergegen vorstellig gemacht worden, daß Beklagter verpflichtet sei, das ihm vorgelegte Testament entweder als echt anzuerkennen oder auch sich zur eidlichen Diffession der Echtheit bereit zu erklären, dem Antrage derselben, daß im Fall der Verweigerung des Diffessionseides erkannt werden möge, daß das Testament für echt anzusehen, hat jedoch das Justitiariat nicht entsprochen, vielmehr unterm 16. September v. J.,

in Erwägung, daß das fragliche Document weder von dem Producten selbst herrührt, noch von einer Person, deren Handlungen er zu vertreten habe, daß aber der Diffessionseid nur rücksichtlich eigener Documente gefordert werden könne, daß es deshalb der Producentin obgelegen hätte, die Echtheit des fraglichen Testamentes auf andere Weise zur geeigneten Zeit darzuthun,

zum Bescheide ertheilt:

> daß Product nicht für schuldig zu erachten, sich rücksichtlich des producirten Testamentes in anderer Weise, als dies bereits **in termino** geschehen, zu erklären, Kläger auch schuldig erkannt werde, die durch diesen Incidentstreit veranlaßten Kosten zu erstatten.

Gegen dies Erkenntniß haben die Producenten das Rechtsmittel der Supplication ergriffen und ihre Beschwerden darin gesetzt:

1) daß nicht erkannt worden, daß Beklagter schuldig, sich innerhalb 14 Tage zu erklären, ob er mit einem Glaubenseid die Nichtechtheit des Testamentes beschwören wolle, bei Strafe der sonst erfolgenden Echtheitserklärung;
2) daß in den Entscheidungsgründen gesagt sei,

es habe den Producenten obgelegen, die Echtheit des fraglichen Testamentes in anderer Weise zur geeigneten Zeit darzuthun;
3) eventuell, daß nicht die Kosten compensirt seien.

Es steht demnach zur Frage, ob diese Beschwerden für begründet zu erachten?

In Erwägung nun, daß der Beklagte eine andere, als die bereits ertheilte Erklärung abzugeben rechtlich nicht verbunden ist, da zur eidlichen Diffession der Unterschriften einer Urkunde nur derjenige verpflichtet ist, der das Document entweder selbst ausgestellt oder doch denjenigen zu vertreten hat, dessen Unterschrift ihm zur Anerkennung vorgelegt wird;

in Erwägung, daß, zumal da dieser Grundsatz bereits mehrfach anerkannt worden,

vgl. S. H. Anz., Jahrg. 1851, S. 327,

zu einer Compensation der durch den Incidentstreit veranlaßten Kosten kein ausreichender Grund vorgelegen; und

in Erwägung endlich, daß es zwar richtiger gewesen, wenn das jud. a quo aus den Entscheidungsgründen den Zusatz, daß es den Klägern obgelegen, die Echtheit des von ihnen producirten Testamentes in anderer Weise und zur geeigneten Zeit darzuthun, weggelassen hätte, da die stattgehabte Parteiverhandlung zu einem solchen Ausspruch keine Veranlassung dargeboten, auch die eventuelle Frage, ob und in wie weit das producirte Testament so, wie es vorliegt, als beweisend anzusehen, erst im späteren Verfahren zur Entscheidung wird gelangen können, — daß jedoch diese lediglich die Entscheidungsgründe betreffende Betrachtung eine Abänderung des angefochtenen Erkenntnisses nicht motiviren kann,

wird auf die **sub præs.** den 27. November v. J. hieselbst eingereichte vorrubricirte Supplicationsschrift, nach darüber eingezogener Erklärung des Gegentheils, hiermittelst von Obergerichtswegen

ein abschläglger Bescheid

ertheilt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 22. Juli 1856.

Nichtigkeitsbeschwerde. — Adcitation zur Vollziehung einer processualischen Handlung, welche ohne Mitwirkung des Adcitaten nicht vorgenommen werden kann.

In Sachen der Fleckensvorsteher **Dr.** Frees, Meins und Eyböcher in Wandsbeck, als Litisconsorten und Litisdenuncianten, jetzt Supplicanten, wider den früheren Fleckensvorsteher Elvers daselbst, als Litisconsorten und Litisdenunciaten, jetzt Supplicaten, betreffend Litisdenunciation s. w. d. a.,

ergeben die Acten:

In Klagsachen des Joseph Hirsch in Wandsbeck gegen die dortigen Fleckensvorsteher **in puncto debiti** 100 ℔, jetzt 53 ℔ 32 ß R.-M., Provision, ist unterm 20. Mai 1851 von dem Wandsbecker Justitiariate Beweis dahin erkannt worden:

daß die Beklagten, als sie dem Kläger die Negoeirung des Beitrags der Commüne Wandsbeck zur Zwangsanleihe für die Monate September und October 1850 aufgetragen, ihm zugleich verheißen hätten, daß die Direction der Kiel-Altonaer Eisenbahngesellschaft die selbstschuldige Bürgschaft für die Zahlung des Capitals zum 1. Novbr. 1853 übernehmen würde.

Kläger hat diesen Beweis durch Eideszuschiebung angetreten und, nachdem der Eid von dreien der Fleckensvorsteher angenommen worden, verlangt, daß auch der vierte Fleckensvorsteher, Elvers, schwören solle. Mit diesem Verlangen ist er **in supplicatorio** gehört worden, indem das Obergericht durch Bescheid vom 23. September 1853 reformatorisch entschieden hat:

daß sämmtliche Fleckensvorsteher schuldig, den ihnen deferirten Eid binnen 3 Wochen dahin zu acceptiren, daß sie schwören, daß ein Jeder von dem Beklagten in seiner Qualität als Fleckensvorsteher dem Kläger nicht verheißen habe oder durch einen Andern habe verheißen lassen u. s. w.,

oder aber **secundum verba interlocuti** zu referiren.

Nach mehrfachen gegenwärtig nicht in Betracht kommenden Zwischenverhandlungen haben die drei Fleckensvorsteher, von denen der Eid acceptirt worden, dem Fleckensvorsteher Elvers über den Stand der Sache **litem** denuncirt und bei dem Wandsbecker Justitiariate beantragt:

daß Litisdenunciat und Implorat schuldig erkannt werde, sich binnen kürzester zu präfigirender Frist zu erklären, ob er den ihm auch als Litisconsorten deferirten Eid acceptire oder nicht, und im letztem Falle, aus welchem Grunde er dadurch die Majorität zwingen wolle, den Eid zu referiren.

Implorat hat sich, nachdem ihm die desfällige Vorstellung zu seiner Erklärung mitgetheilt worden, im Wesentlichen dahin erklärt: drei Fleckensvorsteher wären der Ansicht, daß die streitige Bedingung dem Kläger nicht zugesagt worden, während der vierte Fleckensvorsteher, von der Voraussetzung ausgehend, daß diese Zusage auch von den übrigen Fleckensvorstehern so verstanden werde, seinerseits derselben seine Zustimmung ertheilt habe. Wie die Sache einmal liege, könne er doch unmöglich einen Eid leisten, der mit

seiner rechtlichen Ueberzeugung von damals, welche, wenn sie auch eine irrige gewesen sein möge, doch nicht ungeschehen gemacht werden könne, im Widerspruch stehen würde. Die Beklagten wären vielmehr über den Sinn ihres damaligen Auftretens nicht einig, könnten also den deferirten Eid nicht leisten und müßten daher denselben referiren.

Gegen diese Erklärung sind die Litisdenuncianten mit einer Gegenerklärung eingekommen, in welcher sie, unter Vorausschickung weitläuftiger, zur Sache nicht gehöriger Deductionen über die Verbindlichkeit des Litisdenunciaten zum Schadensersatz für den Fall der von ihm verweigerten Eidesleistung rügend hervorheben, daß in seiner Erklärung eine unumwundene Aeußerung darüber fehle, ob er den ihm deferirten Eid leisten wolle oder nicht, denn ob er lieber referiren als acceptiren wolle, gehöre gar nicht hierher. Sie haben mit Rücksicht hierauf gebeten, daß dem Litisdenunciaten und Imploraten bei Vermeidung einer namhaften Brüche anbefohlen werde, sich unumwunden darüber zu erklären, ob er diesen deferirten Eid leisten wolle.

Durch Bescheid vom 2. November 1855 ist hierauf den Litisdenuncianten und Imploranten zu erkennen gegeben worden, daß, da der Litisdenunciat deutlich und unumwunden erklärt habe, daß und weshalb er den den Fleckensvorstehern deferirten Eid nicht annehmen könne, auf das von ihnen beantragte Pönalmandat nicht eingetreten werden könne.

Gegen diesen Bescheid haben Imploranten supplicirt und ihren Antrag dahin gerichtet, daß, unter Aufhebung des decis. a quo, Supplicat schuldig erkannt werde, bei namhafter Brüche binnen zu präfigirender Frist sich zu erklären, ob er den ihm in benannter Sache deferirten Eid annehmen und ableisten wolle, oder daß er ihn nicht annehmen könne, weil er dem Hirsch die fragliche Bürgschaft versprechen lassen, oder daß er auf seine Kosten, unter Ersatzverpflichtung gegen den von ihm zu vertretenden Flecken, den Eid verweigere.

Der Supplicat hat in der Gegenerklärung gegen das ganze wider ihn eingeleitete Verfahren protestirt und darauf angetragen, daß der jenseitige Recurs als anhero nicht erwachsen betrachtet und anerkannt werde, indem bei einem passiven Litisconsortium nicht die consortes unter sich darüber zu streiten hätten, was im Verhältniß zur Klage jeder Einzelne von ihnen zu thun und zu lassen habe, sondern es selbstverständlich die Sache des Klägers sei, die processualisch nothwendigen Handlungen seiner Gegner wider jeden Einzelnen derselben sub pœna contumaciæ zu erzwingen, auch Interventionen in dem Sinne, daß es der procedirenden Partei freistände, die Intervention des Dritten zu erzwingen, nicht existire und eine Litisdenunciation in dem Sinne, daß dadurch Rechtshängigkeit zwischen Litisdenuncianten und Litisdenunciaten erwachse und Ersterer wider Letzteren incidenter durch die Instanzen procediren könne, dem Begriffe der Streitverkündigung durchaus fern liege.

Es steht demnach zur Frage, ob die Einrede des anhero nicht erwachsenen Recurses, event. die Supplicationsbeschwerden für begründet zu erachten.

In Erwägung nun, daß, die gedachte Einrede anlangend, selbst wenn bei Abgebung des angefochtenen Erkenntnisses der Gesichtspunkt der Streitgenossenschaft leitend gewesen und gegen anerkannte processualische Grundsätze die Nöthigung eines bloßen Litisconsorten zur Theilnahme an dem Rechtsstreite ausgesprochen wäre, ein solches Erkenntniß dennoch eine Nichtigkeit nicht involviren würde, indem die unrichtige Anwendung einer Rechtsregel auf ein in Beurtheilung stehendes Rechtsverhältniß eine Nichtigkeit nicht zur Folge hat;

in Erwägung, daß, auch abgesehen hiervon, das frühere Verhältniß, in welchem die gegenwärtigen Parteien als gemeinschaftliche Fleckensvorsteher zu einander gestanden haben, eine juristische Einheit zwischen ihnen begründet, kraft welcher sie verpflichtet sind, in denjenigen Processen, welche aus der von ihnen geführten Verwaltung wider die Commüne erhoben werden, selbige zu vertreten, mit Rücksicht auf diese Einheit aber eine Adcitation des Supplicaten zur Vollziehung einer processualischen Handlung, welche ohne dessen Mitwirkung nicht thunlich ist, rechtlich als zulässig erscheint *) und daher auch aus diesem Grunde die Einrede des anhero nicht erwachsenen Recurses auf Berücksichtigung keinen Anspruch machen kann;

in Erwägung, daß indeß, was die Supplicationsbeschwerde betrifft, selbige nicht minder als unbegründet sich darstellt, indem Supplicat, wie mit Recht in den Entscheidungsgründen des Justitiariats hervorgehoben worden, sich in genügender Weise und mit hinreichender Deutlichkeit dahin erklärt hat, daß er den zugeschobenen Eid nicht leisten wolle, vielmehr der Meinung sei, daß derselbe zurückgeschoben werden müsse, eine weitere Erklärung aber von seiner Seite, und namentlich eine Angabe seiner Gründe, weshalb er nicht schwören wolle, zu verlangen den Supplicanten eine Berechtigung überall nicht zusteht,

wird auf die vorrubricirte, sub præs. den 29. November v. J. hieselbst eingegangene Supplicationsvorstellung und Bitte, nach eingezogener Gegenerklärung, sub præs. den 4. Januar d. J., den Supplicanten von Obergerichtswegen hiedurch

*) Vgl. Archiv für civilistische Praxis, Bd. III. S. 46; Bd. IV. S. 178. Linde, Lehrbuch, § 113.

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt, dieselben auch schuldig erkannt, dem Supplicaten die auf 25 ℛ R.=M. bestimmten Kosten der Gegenerklärung binnen 4 Wochen ab ins. zu erstatten.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 20. Juni 1856.

Richterliche Fristen betreffend.

In der Streitsache des Eingesessenen Joseph Hirsch in Wandsbeck, Klägers, wider die Wandsbecker Fleckensvorsteher, war den Beklagten in der Supplicationsinstanz mittelst obergerichtlichen Bescheides vom 30. Juni 1854 annoch eine schließliche Frist von vier Wochen präfigirt worden, um sich besser, wie geschehen, und dem Bescheide vom 23. September 1853 entsprechend, **aut acceptando, aut referendo** zu erklären, und zwar **sub pœna recusati juramenti**. Die gegen diesen Bescheid eingewandte Nullitätsquerel hatte gleich wie ein eventuelles Restitutionsgesuch einen abschlägigen Bescheid des Königl. Oberappellationsgerichts vom 14. März 1855, insinuirt am 16. s. M., zur Folge und nahm daher die vierwöchentliche Frist am 17. s. M. ihren Anfang. Vor dem Ablauf derselben kamen die Beklagten beim Wandsbecker Justitiariat mit einer Vorstellung ein, in der sie, unter dem Anführen, daß sie, wie dem Justitiariate bekannt sei, Schritte gethan hätten, um den vierten Fleckensvorsteher, Elvers, zur Abgebung seiner Erklärung zu nöthigen, welche jedoch vor Ablauf der Frist nicht zum Ziele führen würden, darum baten, daß die ihnen präfigirte Frist um vier Wochen prolongirt werde. Dieser Bitte ward mittelst Decretes des Justitiariates vom 13./14. April d. J. deferirt und die gegen dieses Decret eingewandte Supplication, sowie eventuell einfache Querel und Beschwerde über Justizverzögerung hatte nachstehenden Bescheid zur Folge:

Auf die **sub præs.** den 9. Mai d. J. hieselbst eingereichte Supplicationsschrift des Eingesessenen Joseph Hirsch in Wandsbeck, Klägers, Deferenten, jetzt Supplicanten, wider die Fleckensvorsteher daselbst, Beklagte, Delaten, jetzt Supplicaten, hauptsächlich wegen schuldiger Provision von 53 ℛ 32 ß R.=M., jetzt Supplication gegen das Decret des Wandsbecker Justitiariats vom 13./14. April d. J., **event.** einfache Querel und Beschwerde über Justizverzögerung,

wird,

in Erwägung, daß zwar in dem obergerichtlichen Bescheide vom 30. Juni v. J. den Beklagten eine schließliche Frist präfigirt worden ist, um sich über den ihnen deferirten Eid **aut acceptando, aut referendo, sub pœna recusati juramenti** zu erklären;

daß jedoch dieser Theil des erwähnten Bescheides der Proceßleitung angehört, mithin keine Rechtskraft gewinnt;

in Erwägung, daß vermöge der in Supplicationssachen allezeit eintretenden **remissio ad inferius** die weitere Proceßleitung dem Wandsbecker Justitiariate beikommend war und daher, wenn überall obige Frist erstreckt werden konnte, die desfällige Bewilligung gerade nur von dem Justitiariate ertheilt werden mußte;

in Erwägung, die Erstreckbarkeit der fraglichen Frist an sich betreffend, daß es sich hier um keine absolute Nothfrist, sondern um eine richterlich präfigirte peremtorische Frist handelt, welche vermöge der bereits angedrohten Folge der Versäumniß allerdings nach dem Ablaufe, selbst wenn noch nicht Contumaz accusirt worden, nicht weiter hätte erstreckt werden können, vor dem Ablaufe aber, sofern solche Behinderungsgründe nachgewiesen werden, deren zeitige Hinwegräumung außer der Macht der Betheiligten steht, immer noch prorogirt werden darf, sowie

in Erwägung, daß die fragliche Frist, welche vom 17. März d. J., als dem Tage der Insinuation des Bescheides des Königl. Oberappellationsgerichts vom 14. März, zu laufen anfing, zur Zeit der nachgesuchten und ertheilten Verlängerung, resp. den 12. und 13. April, noch nicht abgelaufen war, auch vom Justitiariate bestätigt worden ist, daß die drei annoch fungirenden Fleckensvorsteher D. Frees, Erbocher und Meins bis dahin noch ohne Erfolg gebliebene gerichtliche Schritte gethan haben, um den vorherigen Mitvorsteher Elvers zu zwingen, sich mit ihnen behufs der gemeinschaftlich abzugebenden Erklärung in Einverständniß zu setzen,

hiedurch von Obergerichtswegen dem Supplicanten, unter Verurtheilung in die den Supplicaten angeursachten, auf 18 ℛ R.=M. bestimmten Kosten der **sub præs.** den 23. Juni d. J. beim Justitiariate eingereichten Gegenerklärung,

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 6. Septbr. 1855.

Allerhöchst privilegirte
Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen ***Henrici*** *und* ***Lucht.***
Gedruckt bei ***Augustin*** *in Glückstadt.*

46. Stück. Den 17. November 1856.

Entscheidungen.

Ueber Eideszuschiebung bei copulativen Beweissätzen.

I.

In Supplicationssachen des Mosaischen Bürgers und Maurergesellen Herrmann Beckmann, Klägers, Eidesdeferenten, jetzt Supplicanten, wider die Wittwe Maria Henriette Christine Krüger, geb. Gurlitt, **c. c. et assist.**, Beklagte, Eidesdelatin, jetzt Supplicatin, wegen schuldiger Bezahlung für gelieferte Maurer- und Gypserarbeit s. w. d. a., darauf Beweis, jetzt Supplication wider das Erkenntniß des Altonaer Magistrats vom 4. Februar d. J.;

ergeben die Acten:

Durch Erkenntniß vom 15. November v. J. hat der Altonaer Magistrat dem Kläger zum Beweise verstellt:

> daß er während der in der libellirten Rechnung angesetzten Tage mit einem Arbeitsmann bei den für die Beklagte ausgeführten Maurerarbeiten beschäftigt gewesen und zu diesen Arbeiten die in der Rechnung aufgeführten Materialien gebraucht habe, und daß die in der libellirten Rechnung aufgeführte Gypserarbeit von der Beklagten mit ihm zu dem Preise von 20 ℛ 26 β R.-M. bedungen worden sei.

In den Entscheidungsgründen ist in Uebereinstimmung mit der Klage und Exception ausgesprochen, daß die Beklagte die einzelnen Ansätze der Rechnung für Maurerarbeiten nicht anerkannt, dagegen die Gangbarkeit der angesetzten Preise für Arbeitslohn und Material nicht bestritten, und daß dieselbe den Abschluß eines Accords über die nicht näher specificirten Gypserarbeiten in Abrede gestellt habe.

Kläger hat den ihm auferlegten Beweis rechtzeitig durch Eideszuschiebung über das ganze **thema probandum** angetreten, und ist von der Beklagten unter Hinweisung darauf, daß es sich hier um copulative Beweissätze handele, der Eid dahin acceptirt worden, daß es nicht wahr sei, daß die Gypserarbeit zu dem libellirten Preise bedungen sei.

Der Magistrat hat darauf Termin zur Ableistung des solchergestalt acceptirten Eides angesetzt und ist der Kläger, welcher hiergegen eingekommen und darauf angetragen hat, daß die Beklagte unter Verurtheilung in die verursachten Kosten angehalten werden möge, sich über die ihr zugeschobenen Eide ihrem ganzen Umfange nach gehörig zu erklären, mit diesem Antrag, nach stattgehabter mündlicher Verhandlung, unterm 4. Februar d. J. abgewiesen worden.

Gegen dieses Erkenntniß hat Kläger das Rechtsmittel der Supplication eingewandt und sich darüber beschwert, daß nicht seinem Antrage gemäß erkannt worden sei, und steht nunmehr nach eingezogener Gegenerklärung und unterm 26./28. Mai d. J. erstattetem Bericht des Magistrats zur Frage: ob diese Beschwerde begründet ist.

In Erwägung nun, daß hier nicht der Fall vorliegt, daß ein und derselbe Anspruch auf verschiedene Voraussetzungen, die alle zu seiner Begründung erforderlich sind, gestützt worden ist, wo denn allerdings der, welcher nicht das Vorhandensein aller Voraussetzungen beweisen kann, beweisfällig wird, sondern daß vielmehr eine Anzahl getrennter Forderungen, welche auf verschiedenartigen Voraussetzungen beruhen, der Zweckmäßigkeit halber mit einer und derselben Klage eingeklagt worden sind, wo denn selbstverständlich, wenn eine besondere Voraussetzung nicht bewiesen

wird, eben nur der hierauf begründete Anspruch als wegfällig zu betrachten ist; daß demnach in der vorliegenden Streitsache der Umstand, daß der Kläger den ihm hinsichtlich der accordirten Gypserarbeit auferlegten Beweis **eventualiter** nicht wird führen können, auf die eingeklagten Forderungen für Maurerarbeiten und gelieferte Materialien überall von keinem Einfluß sein kann, die beschaffte Erklärung über den über das ganze **thema probandum** zugeschobenen Eid, da sie nur den Accord über die Gypserarbeit trifft, daher nicht für genügend zu erachten ist;

in fernerer Erwägung, daß die Kostencompensation, welche, Falls die Klage auch nur theilweise begründet gefunden wird, zu erkennen steht, keineswegs als eine ungerechtfertigte Benachtheiligung der Beklagten erscheint, da sie derselben durch Offerirung, **eventualiter** gerichtliche Deponirung, des Betrages der eingeklagten Rechnung, soweit sie dieselbe für richtig hielt, hätte entgehen können,

wird auf die **sub præs.** den 2. März d. J. hieselbst eingereichte Supplicationsschrift hiedurch von Obergerichtswegen zum Bescheide ertheilt:

> daß das angefochtene Erkenntniß des Altonaer Magistrats vom 4. Februar d. J. dahin abzuändern:
>
> > daß die Beklagte schuldig, sich über den ihr zugeschobenen Eid auch hinsichtlich der ausgeführten Maurerarbeiten und gelieferten Materialien binnen 14 Tagen **ab insinuato sub pœna recusati juramenti** zu erklären und dem Kläger die Kosten dieses Incidentstreits, deren Ansetzung und Ermäßigung vorbehältlich, zu erstatten.

Unter Compensation der Kosten dieser Instanz.

Urkundlich rc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 29. August 1856.

II.

(zugleich die Eideszuschiebung über den Werth einer Sache betreffend.)

In Supplicationssachen des Eingesessenen Hans Rathjen in Lentförden, Beklagten und Producten, jetzt Supplicanten, wider den Eingesessenen Claus Sothmann zur Feldscheide, Kläger und Producenten, jetzt Supplicaten, wegen Verpflichtung zu verschiedenen contractlichen Leistungen s. w. d. a.; ergeben die Acten:

Durch rechtskräftiges Erkenntniß des Segeberger Amthauses vom 10. August v. J. ist unter Anderem dem jetzigen Supplicaten zu beweisen auferlegt:

1) daß durch die vom Beklagten im Jahre 1841 geschehene Einerndtung der auf dem Keil der Eckdorns Koppel verpflanzt gewesenen Kartoffeln ihm 20 Tonnen Kartoffeln oder wie viel weniger entzogen worden seien, und daß diese Kartoffeln der Zeit einen Werth von 1 ℛ 58 ß R.-M. a Tonne gehabt;
2) daß ihm dadurch, daß der Beklagte den im Jahre 1841 auf der Stelle vorhanden gewesenen Torfvorrath an sich genommen, 60 Fuder Torf, event. wie viel weniger, entzogen worden und der derzeitige Werth des Torfs 1 ℛ 58 ß oder wie viel weniger betragen;
3) daß er den Beklagten vor Abschluß des Kaufhandels von den auf der zur Stelle gehörigen Holzwiese und Holzlage Westerhorn für die Eingesessenen C. Ruge, H. Struve, J. Freede und J. Mehrens lastenden Gerechtigkeiten zur Ueberfahrt und Viehtrift in Kenntniß gesetzt habe, oder auch diese Ueberfahrt und Triften derzeit bereits ausgelegt und abgegraben gewesen.

Kläger hat hinsichtlich des ersten Punktes dem Beklagten den Eid über die Negative des Beweissatzes **secundum verba interlocuti** *zugeschoben, in* Betreff des zweiten Satzes dahin, daß es nicht wahr sei, daß dem Kläger in der angegebenen Weise 60 Fuder Torf entzogen worden und der derzeitige Werth des Torfes 1 ℛ 58 ß a Fuder betragen habe. In der Beweisantretungsschrift ist ferner bemerkt worden, daß die fragliche Holzlage irrthümlich „Westerhorn" genannt sei, indem sie vielmehr „Bredenhorn" heiße, und hat der Kläger sodann mit der dadurch erforderlich gewordenen Modification dem Beklagten den Eid über die zweite Alternative des dritten Beweissatzes deferirt.

Nachdem diese Beweisantretung dem Beklagten von dem Gerichte zu seiner Erklärung mitgetheilt, hat er dieselbe dahin abgegeben:

ad 1 wolle er sich auf den zweiten copulativen Satz des Beweisthema's, „daß diese Kartoffeln derzeit einen Werth von 1 ℛ 58 ß R.-M. a Tonne gehabt", beschränken, dieser Satz enthalte aber ein Urtheil und da der Eid nur über Thatsachen deferirt werden könne, so sei die geschehene Eidesdelation unstatthaft. Eventuell hat der Beklagte den Eid über die Negative dieses Satzes acceptirt;

ad 2 sei hinsichtlich des Urtheils über den Werth des Torfs dasselbe zu bemerken, die Eideszuschiebung

hierüber daher gleichfalls unzulässig. **In eventum** acceptire Beklagter den deferirten Eid über die Negative des ganzen ihm zur Eideshand gelegten zweiten Beweissatzes;

ad 3 hat der Beklagte gegen die Abänderung des Namens der fraglichen Holzlage protestirt und den Eid dahin acceptirt, daß es nicht wahr sei, daß die Ueberfahrt und Triften derzeit bereits a b g e g r a b e n gewesen.

Nach stattgehabtem Schriftenwechsel und nachdem der Kläger für den Fall, daß auf seine Anträge hinsichtlich des dritten Punktes nicht einzutreten stehe, oder der Beklagte sogar die Negative des ganzen dritten Beweissatzes zu beschwören sich bereit erklären sollte, die Eideszuschiebung revocirt und den Beweis durch Denominirung von Zeugen angetreten, hat das Segeberger Amtsgericht unterm 3. April d. J. erkannt: *)

daß auf die Substituirung der Holzlage Bredenhorn statt der in den Parteiverhandlungen genannten Holzlage Westerhorn nicht einzutreten, dem Beklagten im Uebrigen aufzugeben, sich in-

---

*) Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß, was die vom Kläger in Beziehung auf den im Interlocut vom 10. August v. J. enthaltenen Beweissatz:

> daß durch die vom Beklagten im Jahre 1841 geschehene Einerndtung der auf dem Keil der Eckdorns Koppel ausgepflanzt gewesenen Kartoffeln ihm 20 Tonnen Kartoffeln oder wie viel weniger entzogen worden und daß diese Kartoffeln einen Werth von 1 ℛ 58 ß à Tonne gehabt,

beantragte Zulassung zum Schätzungseide anbetrifft, dieser Antrag für unstatthaft zu erachten, da der Gebrauch dieses Eides nach anerkannten Rechtsgrundsätzen auf solche Fälle beschränkt bleibt, wo die Verletzung in einer Arglist, oder mindestens in einem schweren Verschulden des Verletzenden ihre Entstehung findet, dem Kläger aber, welcher in seiner Klage keine Thatsachen angeführt hat, aus welchen er eine derartige Verschuldung abgeleitet wissen will, um so weniger gestattet werden kann, jetzt in der Beweisinstanz mit solchen Anschuldigungen hervorzutreten, als mit dem Begriff und Wesen der Arglist und des schweren Verschuldens der Umstand unvereinbar ist, daß der Beklagte bereits in der Einlassung die Einerndtung der Kartoffeln von der fraglichen Koppel als ein aus dem Vergleich vom 21. August 1841 ihm erwachsenes Recht in Anspruch genommen hat;

in Erwägung, daß dagegen die Deferirung des Schiedeseides über den Beweissatz für durchaus zulässig zu erachten, indem, wenn auch der Eid nur über reine Thatsachen zugeschoben werden darf, doch die Einerndtung der Kartoffeln eben so wohl eine Thatsache befaßt, als es bei Bestimmung des Werthes einer Tonne Kartoffeln überall nicht an eine an gewissen Regeln geknüpfte Reflexion, sondern lediglich auf die Thatsache des im Jahre 1841 gangbar gewesenen Preises einer Tonne Kartoffeln ankommt;

in Erwägung, daß im Allgemeinen zwar bei copulativ gefaßten Beweissätzen der Delat den Eid nicht über alle Beweissätze zu acceptiren verpflichtet ist, daß gleichwohl rücksichtlich der hier fraglichen Sätze des Beweisinterlocuts vom 12. August v. J. ein derartiges copulatives Verhältniß nicht obwaltet, dieselben sich vielmehr in der Weise bedingen, daß die Frage über den Werth der Kartoffeln ohne den vorgängigen Beweis der rechtswidrig geschehenen Einerndtung derselben selbstverstandlich irrelevant ist, und daß daher, da durch eine Acceptation des Eides in Beziehung auf eben diesen bedingten Satz eine irrelevante Thatsache zum Gegenstande des Eides gemacht, die eigentliche Thatsache der Beweisauflage aber umgangen werden würde, die Aufgabe an den Beklagten zur Erklärung über diesen Eid *sub pœna præclusi* gerechtfertigt erscheint; und

in Erwägung endlich, daß der im Beweisinterlocut in Beziehung auf den in Anspruch genommenen Werth der Kartoffeln gebrauchte Ausdruck: „oder wie viel weniger" lediglich zum Zweck hatte, dem Kläger den desfälligen Beweis zu erleichtern, daß es demselben daher auch freigestanden haben würde, ein etwaniges *minus* des behaupteten Werthes zum Gegenstande der Eidesdelation zu machen, daß dagegen der Antrag auf gerichtliche Fixirung einer bestimmten Summe für unstatthaft zu erklären,

hiemittelst erkannt:

> daß, unter Abweisung des klägerischen Antrags auf Zulassung zum Schätzungseide und gerichtlicher Bestimmung des Werths der Tonne Kartoffeln, dem Beklagten aufzugeben, sich innerhalb einer 14tägigen Frist über den deferirten Eid besser als geschehen, unter der Verwarnung, daß im Widrigen der Eid für verweigert werde angesehen werden, anhero zu erklären;

in Erwägung, daß die vom Kläger zur Hand genommene Eidesdelation über den zweiten Theil des Interlocuts:

> daß ihm dadurch, daß der Beklagte den im Jahre 1841 auf der Stelle vorhanden gewesenen Torfvorrath an sich genommen, 60 Fuder, event. wie viel weniger, entzogen worden und der derzeitige Werth 1 ℛ 58 ß oder wie viel weniger à Fuder betragen habe,

aus den zum ersten Theil des Interlocuts bereits entwickelten Gründen gleichfalls für zulässig erachtet werden muß, da in dem Aneignen des Torfs unbestritten eine Thatsache enthalten ist und die Bestimmung des Werthes eines Fuders Torf an eine auf Regeln der Kunst beruhende Reflexion nicht gebunden, sondern sich nach den im Jahre 1841 gangbar gewesenen Preisen eines Fuders Torf richtet; und

in Erwägung, daß die Acceptation des Eides, wie sie vom Beklagten erklärt worden, für genügend

nerhalb einer 14tägigen Frist **ab ins.** besser als geschehen **sub pœna præclusi** über den deferirten Eid zu erklären und endlich dem Kläger das eventuelle Recht auf Producirung der denominirten Zeugen zu salviren.

Gegen dieses Erkenntniß hat der Beklagte das Rechtsmittel der Supplication eingewandt, solche rite prosequirt und sich darüber beschwert, daß seine Erklärung über die ihm zugeschobenen Eide nicht für genügend und demgemäß vom Gericht erkannt sei.

Solchemnach steht nunmehr nach eingezogener Gegenerklärung zur Frage: ob und in wie fern diese Beschwerde begründet ist.

In Erwägung nun, daß, was den ersten Beweissatz betrifft, die Eideszuschiebung darüber, daß die seiner Zeit vom Supplicanten eingeerndteten Kartoffeln einen Werth von 1 ℳ 58 ß R.-M. a Tonne gehabt, unzweifelhaft als zuläßig erscheinen muß, da hierin überall ein Urtheil nicht enthalten, der derzeitige Preis der Kartoffeln vielmehr eine Thatsache ist, über welche der Supplicant sich durch geeignete Nachforschungen jeder Zeit Kenntniß verschaffen kann, daß jedoch eventuell von dem Supplicanten der deferirte Eid dahin, daß die fraglichen Kartoffeln den genannten Preis der Zeit nicht gehabt, acceptirt worden ist, und eine weitere Erklärung über die hinsichtlich des ersten Beweissatzes beschaffte Eidesdelation nicht erforderlich erscheint, indem der in der Klage gestellte Antrag auf Verurtheilung des Beklagten zur Lieferung von 20 Tonnen Kartoffeln oder Bezahlung des Werths derselben gerichtet ist, eine Verurtheilung in Betreff dieser letzteren Alternative aber durch die Ableistung des acceptirten Eides unthunlich wird, und ein Erkenntniß dahin, daß der Beklagte allein zur Lieferung der Kartoffeln schuldig erkannt würde, als über die Klagbitte hinausgehend nicht statthaft erscheinen kann;

in Erwägung, daß, den zweiten Beweissatz angehend, in Betreff der Zuläßigkeit der Eideszuschiebung das oben Gesagte gilt, der Supplicant aber eventuell den Eid über die Negative des ganzen Beweisthema's acceptirt hat;

in endlicher Erwägung, daß die zweite Alternative des dritten Beweissatzes dahin lautet, daß diese Ueberfahrt und Triften derzeit bereits ausgelegt und abgegraben gewesen, daß demnach sowohl die Auslegung als das Abgegrabensein zum Beweise verstellt sind

---

nicht angesehen werden kann, da hier so wenig als im ersten Theil des Interlocuts unter den zum Beweise verstellten Sätzen ein copulatives Verhältniß obwaltet, vielmehr der Werth des Torfes durch das Factum des Aneignens desselben bedingt ist, daß daher der Beklagte sich auch in Betreff dieser Eidesdeferirung besser, als geschehen, zu erklären haben wird, während andererseits von einer gerichtlichen Fixirung des Werthes des Torfes auch hiebei allganz nicht die Rede sein kann,

erkannt:

> daß der Beklagte schuldig, sich über den deferirten Eid innerhalb einer 14tägigen Frist besser, als geschehen, anhero zu erklären, im Widrigen aber zu gewärtigen habe, daß der Eid für verweigert werde angesehen werden, dem Antrage des Klägers auf gerichtliche Fixirung des Werthes des Torfes im Uebrigen nicht Statt zu geben;

in Erwägung, daß, die Eidesdelation über den dritten Beweissatz:

> daß vor Abschluß des Kaufhandels die den Eingesessenen E. Ruge, H. Struve, J. Freede und J. Mehrens auf der zur Stelle gehörigen Holzwiese und Holzlage „Westerhorn“ zuständige Ueberfahrt und Viehtrift bereits ausgelegt und abgegraben gewesen sei,

anlangend, die Substituirung der Holzlage Bredenhorn statt der in der Einrede und der Replik sowohl, als im Professionsprotocoll genannten Holzlage Westerhorn zwar für unzuläßig erachtet werden muß, daß dagegen aber, da die im Interlocut enthaltene Auflage auf den Beweis der behaupteten äußerlich sichtbaren Existenz der Ueberfahrt und Viehtrift zur Zeit des abgeschlossenen Handels gerichtet war, dazu aber die Thatsache, daß der Weg und die Viehtrift derzeit bereits ausgelegt war, nach dem, was im gewöhnlichen Sinne unter Auslegung eines Weges verstanden wird, schon ausreichen mußte und also auf den Umstand, daß die ausgelegten Wege und Viehtriften auch abgegraben gewesen, überall nichts ankommen konnte, die Acceptation des Eides in Beziehung auf das Abgegrabensein der Wege unter Vorschützung einer Unkunde über das Ausgelegtsein derselben als eine dem Wesen der Eide widerstreitende Mentalreservation anzusehen und daher auch in dieser Rücksicht dem Beklagten eine bessere Erklärung über den deferirten Eid sub pœna præclusi aufzuerlegen ist;

in Erwägung endlich, daß, da es nach anerkannten processualischen Grundsätzen dem Eidesdeferenten selbst nach Ablauf der Beweisfrist freisteht, unter Revocirung des deferirten Eides den Beweis mit anderen Beweismitteln zu versuchen, dem Kläger um so mehr das Recht auf eventuelle Producirung der namhaft gemachten Zeugen zu salviren ist, als aus den allgemeinen Aeußerungen desselben, statt der ihm zu Gebote stehenden Zeugen die Eidesdelation zur Hand nehmen zu wollen, ein Verzicht auf jenes Beweismittel nicht geschlossen werden kann, im Uebrigen auch die gegen Personen erhobenen Einwendungen unbegründet sind, da ihr Interesse mit dem des Producenten nicht identisch, vielmehr ein von dieser Proceßsache ganz unabhängiges ist.

und bei copulativer Beweisfassung bekannten Rechtsgrundsätzen nach die Ableistung des zugeschobenen Eides über das eine oder das andere Factum, im vorliegenden Falle das Abgegrabensein, genügt,

wird auf die sub praes. den 4. Juli d. J. hieselbst eingereichte Supplicationsschrift, nach darüber eingezogener Erklärung des Gegentheils, hiemittelst von Obergerichtswegen zum Bescheide ertheilt:

> daß das angefochtene Erkenntniß vom 3. April d. J. dahin abzuändern, daß die beschaffte Erklärung über die Eidesdelation für genügend anzusehen und Termin zur Ableistung der acceptirten Eide anzusetzen.

Urkundlich 2c. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 8. Septbr. 1856.

Zu der Frage: in wie fern Entscheidungsgründe die Rechtskraft beschreiten. — Eine unwesentliche Modification des angefochtenen Erkenntnisses kann eine Compensation der Kosten nicht motiviren.

In Sachen des Obergerichts-Advocaten Müller in Oldesloe, in Vollmacht des Zarpener Armencollegii, Klägers, jetzt Supplicanten, wider Rudolph Becker zu Mönchagen, Beklagten und Supplicaten, hauptsächlich wegen Erstattung durch Mißhandlung causirter Krankheitskosten s. w. d. a.;

ergeben die Acten:

Der Arbeitsmann Asmus Hinr. Möller in Mönchagen trat am 29. Novbr. 1854 bei dem Traventhaler Amthause Namens seines 19jährigen Sohnes Hans Christian Möller wider Rudolph Becker klagend auf, indem er vorbrachte: der Beklagte habe seinen unmündigen Sohn vor etwa 4 Wochen gemißhandelt, weil er wegen langen Ausbleibens aus dem Dienste mit ihm unzufrieden gewesen sei. Er habe demselben diejenigen Verletzungen zugefügt, welche in einem producirten Atteste des Dr. Reimers näher angegeben wären, und bitte er, daß der Beklagte deshalb schuldig erkannt werde, ein gerichtlich zu bestimmendes Schmerzensgeld zu zahlen und die Kosten zu erstatten. Der producirte Attest des Dr. Reimers lautete dahin, daß Kläger am 30. Octbr. 1854 mit seinem Sohne, welcher nach Aussage seines Vaters körperliche Mißhandlung erlitten habe, beim Dr. Reimers erschienen sei, und eine ärztliche Untersuchung ergeben habe, daß auf der linken Schulter, dem linken Ober- und Vorderarm, so wie auf dem Rücken, namentlich nach der linken Seite hin, eine Menge Blutunterlaufungen, einige Sugillationen auch auf der rechten Seite, dem rechten Schulterblatt und tiefer herab zu beiden Seiten des Rückgrats sichtbar, alle beschriebenen Theile auch bei der Berührung sehr schmerzhaft gewesen wären, so wie daß hauptsächlich der linke Ober- und Vorderarm aufgeschwollen befunden, auf dem Nasenrücken eine kleine Stelle von der Oberhaut entblößt sei und der Patient über Schmerz in den Kopfbedeckungen geklagt habe.

Der Beklagte stellte nicht in Abrede, daß er dem bei seinem Vater in Dienst gewesenen klägerischen Sohn wegen langen unerlaubten Ausbleibens und Trunkenheit zu der angegebenen Zeit eine körperliche Züchtigung mit der Peitsche ertheilt habe, und ward darauf vom Amthause, mit Rücksicht darauf, daß das behauptete Betragen des klägerischen Sohnes, selbst wenn dasselbe erwiesen wäre, die demselben widerfahrene Behandlung nicht rechtfertigen könne und anzunehmen stehe, daß die im Atteste des Dr. Reimers vom 3. October beschriebenen Verletzungen eine Folge der geständigen Mißhandlung des Klägers wären, letzterer in termino schuldig erkannt, ein Schmerzensgeld von 5 ℔ R.-M. nebst den Kosten des Verfahrens mit Einschluß der event. näher nachzuweisenden und gerichtlich zu bestimmenden Arzt- und Apothekerkosten 2c. zu erstatten.

Im Verlauf des darauf folgenden Jahres hat das Zarpener Armencollegium die für Pflege und Kost des Dienstknechts Möller demselben erwachsenen Kosten von dem Beklagten beansprucht und denselben, da von ihm die Zahlung dieser Kosten verweigert worden, zur Verhandlung in die Audienz geladen. Wider das von dem Traventhaler Amthause unterm 20. August 1855 abgegebene laudum hat darauf Beklagter an das Plöner Landgericht provocirt. Zur Begründung der in Folge dieser Provocation beim Landgericht wider ihn vorgebrachten Klage ward im Wesentlichen Folgendes bemerkt. Der Beklagte habe zu Ende October 1854 den damals bei seinem Vater in Dienst stehenden Hans Chr. Möller gemißhandelt und ihm diejenigen Verletzungen zugefügt, welche der von Dr. Reimers ausgestellte ärztliche Attest ergebe. Der Dienstjunge Möller habe sich nach diesen Mißhandlungen, deren Fortsetzung Beklagter ihm gedroht, in gerechter Furcht vor solchen ferneren Unthaten zu seinem Vater begeben, sei in Folge der erlittenen Mißhandlungen erkrankt, habe sich von dem Dr. Reimers ärztlich untersuchen lassen und sei in der Mönch-

hagener, von seinem Vater bewohnten Armenkathe liegen geblieben. Da seine Brodherrschaft sich um seine Versorgung und Heilung nicht bekümmert habe, sei bei dem Unvermögen des Dienstjungen das klägerische Armencollegium nach dem § 80 der Armenordnung hinzugetreten und habe die Beköstigung und ärztlich angeordnete Wartung und Pflege besorgt. Laut des ärztlichen Attestes habe die Krankheit des Dienstjungen bis zum 11. Jan. 1855 gedauert. Das Armencollegium habe für Kost wöchentlich 1 ℳ 86 ß, zusammen 20 ℳ 82 ß, für Wartung und Pflege aber resp. 1 ℳ 6 ß und 90 ß wöchentlich, zusammen 11 ℳ 30 ß, im Ganzen also 32 ℳ 16 ß verausgaben müssen, und zwar an den Vater des Dienstjungen, welcher eine Wohnung in der Armenkathe genieße und seinen Lebensunterhalt durch Arbeit erwerben müsse, an der Arbeit aber durch die Wartung und Pflege seines Sohnes verhindert worden sei. Da Beklagter die Mißhandlung bereits im Termine vom 29. Novbr. 1854 gerichtlich geständigt, auch als Urheber der Verletzung und Krankheit des Dienstjungen rechtskräftig schuldig erkannt worden, sei die Klage nicht bloß begründet, sondern auch erwiesen. Das klägerische Armencollegium, indem es schließlich bemerkte, daß die beiden Rechnungen des Armenpflegers wöchentliche Pränumerationszahlungen enthielten, die Krankheit des Dienstjungen Möller aber nur bis zum 11. Januar gedauert habe und mithin, da am 8. Januar schon für die ganze kommende Woche pränumerirt worden, für 3 Tage resp. 91 ß und 45 ß zu kürzen sein werde, richtete dasselbe seinen Antrag dahin:

> daß Beklagter schuldig erkannt werde, libellirte 32 ℳ 16 ß, event. mit dem gerichtlich zu bestimmenden Quantum, unter Abzug von 1 ℳ 40 ß, binnen 4 Wochen an das Armencollegium zu zahlen, ref. exp.

Beklagter suchte zuvörderst die Klage als unfundirt mit Rücksicht darauf darzustellen, daß das Armencollegium die eingeklagten Kosten, da der Dienstjunge im Dienst gestanden und zunächst von seinem Dienstherrn zu versorgen gewesen, ohne gesetzliche Nöthigung aufgewendet habe. Zur Einlassung sich wendend, räumte er ein, daß der Dienstjunge Möller zu Ende des October 1854 bei dem Beklagten in Dienst gestanden. Auch gab er zu, daß er dem Dienstjungen qu. wegen Dienstversäumniß und Trunkenheit einige Hiebe mit der Peitsche versetzt habe, leugnete aber, daß der Dienstjunge von ihm mißhandelt worden, sowie, daß derselbe in Folge der erhaltenen Züchtigung erkrankt und bis zum 11. Jan. 1855 krank geblieben, ferner, daß die Verpflegung und fragliche Kostenverwendung überall, event. bis zum eingeklagten Betrage, nöthig gewesen und wirklich geschehen sei. Beklagter stellte gleichfalls in Abrede, die Mißhandlungen gerichtlich geständigt zu haben, bestritt, daß er als Auctor der in dem ärztlichen Attest verzeichneten Verletzungen und Krankheit des Dienstjungen nach rechtskräftigem Erkenntniß des Amthauses auch in dem gegenwärtigen Proceß rechtlich anzusehen sei, bestritt gleichfalls die Beweiskraft des ärztlichen Attestes, namentlich der in demselben enthaltenen Nachträge. Schließlich bestritt er, daß der § 40 der Armenordnung hier Platz greife und nach Vorschützung der exceptio rei judicatæ, zu deren Begründung bemerkt ward, daß die Rechte des unterstützten Dienstjungen gegen den Beklagten durch das Amthauserkenntniß vom 29. Novbr. 1854 vollständig absorbirt worden, ward um Abweisung der Klage ref. exp. gebeten.

Nach mündlicher Re- und Duplik ward vom Landgericht das Erkenntniß dahin beschlossen, daß Kläger nachzuweisen, daß Beklagter dem Möller die Verletzungen, welche der Attest des Dr. Reimers erwähne, zugefügt, daß dieser in Folge derselben erkrankt sei und während dieser Krankheit die libellirten Summen auf seine Verpflegung und Wartung verwendet seien, und ward unterm 16. Octbr. 1855 erkannt: *)

---

*) In den diesem Erkenntnisse vorangestellten Entscheidungsgründen heißt es:

In Erwägung nun zuvörderst, daß die Wirksamkeit des Armencollegii hinsichtlich des Möller bei dem Umstande, daß, wie vom Beklagten nicht bestritten ist, seine Brotherrschaft sich seiner nicht angenommen hat, in Gemäßheit des § 80 der Armenordnung vom 29. December 1841 gesetzlich erforderlich ward, also kein Grund vorhanden ist, die Klage als nicht begründet abzuweisen;

in fernerer Erwägung, daß bei dem Leugnen des Beklagten, die behaupteten, von ihm geschehenen Mißhandlungen des Möller und der Causalzusammenhang derselben und der Krankheit des Möller, sowie die Verwendung der libellirten Kosten von dem Kläger zu erweisen ist;

in Betracht, daß der von dem Kläger über die dem Möller abseiten des Beklagten zugefügten Verletzungen durch Berufung auf das Geständniß desselben in der Verhandlung vor dem Königl. Amthause vom 29. Novbr. 1854 anticipando versuchte Beweis nicht als geführt betrachtet werden kann, da dieses Geständniß nur dahin geht, daß er dem Möller eine körperliche Züchtigung ertheilt habe, nicht aber, daß er ihm diejenigen Verletzungen zugefügt, welche in dem Atteste des Dr. Reimers benannt, mithin der Beweis des Causalnexus der Handlung des Beklagten mit der Krankheit des Möller fehlt;

in schließlicher Erwägung, daß der von dem Beklagten vorgeschützten exceptio rei judicatæ kein Gewicht beigelegt werden kann, weil das Erkenntniß in einer ganz anderen Angelegenheit, nämlich auf Ver-

daß Kläger binnen Ordnungsfrist, unter Vorbehalt der Gegenbeweise und der Eide, rechtlicher Art nach zu erweisen schuldig, daß Beklagter im October 1854 dem bei seinem Vater dienenden Hans Christian Möller solche Mißhandlungen zugefügt habe, daß davon auf dessen linker Schulter, dem linken Ober- und Vorderarm, sowie auf dem Rücken, namentlich nach der linken Seite hin, wie auch in der rechten Seite, auf dem rechten Schulterblatt und tiefer hinab zu beiden Seiten des Rückgrats eine Menge größerer und kleinerer Blutunterlaufungen entstanden, der linke Ober- und Vorderarm angeschwollen und alle benannten Theile beim Anrühren sehr schmerzhaft gewesen, daß auf dem Nasenrücken eine kleine Stelle von der Oberhaut entblößt und Schmerz in den Kopfbedeckungen entstanden sei;

daß der gedachte Möller in Folge dieser Verletzungen erkrankt und im Laufe dieser Krankheit von dem klägerischen Armencollegio auf seine Verpflegung und Wartung 30 ℳ 70 ß oder wie viel verwandt sei,

nach welchen geführten oder nicht geführten Beweisen und Gegenbeweisen der Hauptsache und der Kosten halber weiter ergehen werde, was Rechtens.

Gegen dieses Erkenntniß hat das klägerische Armencollegium supplicirt und seine Beschwerde darin gesetzt:

1) daß so, wie geschehen, interloquirt und nicht vielmehr pure dem petito der Klage gemäß von dem jud. a quo definitiv erkannt worden, event.

2) daß nicht wenigstens die vom Beklagten geständigte Mißhandlung als Ursache der Verletzungen und der daherigen selbstverständlichen Krankheit des H. C. Möller gerichtsseitig erkannt und nicht allenfalls nur über den Betrag der auf Kost, Verpflegung und Wartung desselben verwendeten Summen näherer Beweis erfordert worden, event.

3) daß sogar gegen das Gerichtsconclusum vom 16. Octbr. und contra acta Thatsachen und Momente in das Beweisinterlocut gebracht worden, welche theils gar nicht in dem ärztlichen Attest, also auch nicht in der Klage enthalten, theils nur Schlüsse des Arztes und Aeußerungen des Patienten Möller, also wiederum nicht Klagefacta, zudem aber irrelevant seien und überdies außerhalb der Sphäre eines juristischen Beweises lägen, und daß nicht, unter Weglassung dieser ungehörigen Momente, der Beweissatz in präciser und actenmäßiger Fassung und in Beschränkung auf die Anführung der Klage dahin formulirt worden, daß Beklagter dem H. C. Möller durch seine geständigte Mißhandlung diejenigen Verletzungen zugefügt habe, welche der ärztliche Attest des Dr. Reimers in Reinfeld ergebe, und daß während der dadurch entstandenen Krankheit auf Kost, Verpflegung und Wartung des H. C. Möller die Summe von 30 ℳ 72 ß oder wie viel verwendet sei, oder wie sonst der Beweissatz nach Inhalt der Acten und dem rechtlichen Ermessen anderweitig zu fassen sein werde.

Es steht demnach zur Frage, in wie weit diese Beschwerden als begründet anzusehen sind.

In Erwägung nun, daß, wenn gleich in dem Amthauserkenntniß vom 29. November 1854 als Grund der Verurtheilung des Supplicaten in die Kosten des Arztes und Apothekers ꝛc. ausgesprochen worden, wie anzunehmen stehe, daß die in dem Atteste des Dr. Reimers vom 30. October beschriebenen Verletzungen des unmündigen Klägers eine Folge der geständigen Mißhandlungen des Beklagten seien, doch von einer Rechtskraft dieses Grundes deshalb die Rede nicht sein kann, weil jedenfalls nur die Entscheidung irgend einer in dem vorhergegangenen Verfahren verhandelten Streitfrage die Rechtskraft zu beschreiten sich eignet, der Zusammenhang der dem Dienstjungen Möller vom Supplicaten ertheilten Züchtigung aber und der darauf erfolgten Krankheit dieses Dienstjungen bei Gelegenheit der lediglich auf Schmerzensgeld und Proceßkosten gerichteten Klage überall nicht Gegenstand einer Erörterung unter den Parteien geworden ist und mithin, da die von dem Amthause in Beziehung hierauf in den Entscheidungsgründen entwickelte Ansicht als eine die eigentlichen Bestandtheile des derzeit streitigen Rechtsverhältnisses berührende nicht angesehen werden kann, die erste und zweite Supplicationsbeschwerde als nicht begründet erscheinen;

in Erwägung, daß gleichfalls die dritte Beschwerde auf Berücksichtigung keinen Anspruch machen kann, indem das Beweisinterlocut eine irgendwie in Betracht kommende wesentliche Abweichung des ärztlichen Attestes nicht enthält und es bei Führung des auferlegten Beweises selbstverständlich nicht verlangt werden

anlassung einer Klage des Vaters des Möller auf Schmerzensgeld wegen der letzterem von dem Beklagten zugefügten Mißhandlungen, abgegeben ist und die hier in Rede stehenden Ansprüche in jenem Processe nicht geltend gemacht sind, daher auch von dem Erkenntnisse nicht berührt sind und nicht haben berührt werden können.

kann, daß jede einzelne der angegebenen Spuren der zugefügten Mißhandlung, sondern nur, daß eine solche Totalität derselben nachgewiesen werde, aus welcher die spätere Erkrankung des fraglichen Dienstjungen vernünftigerweise sich folgern läßt, und wenn auch der größeren Deutlichkeit wegen der im zweiten Passus des Beweisinterlocuts vor den Worten: „Verpflegung und Wartung" bei der Redaction des Beweiserkenntnisses ausgelassene Ausdruck: „Kost" zur Vermeidung möglicher Irrungen hineinzuschalten sein wird, diese Modification doch, da die Kost in der Verpflegung begriffen gedacht sein kann, eine zu unwesentliche ist, um die Erkennung einer Kostencompensation zu rechtfertigen,

wird auf die sub præs. den 31. December 1855 hieselbst eingereichte vorrubricirte Vorstellung und Bitte, nach eingezogener Gegenerklärung, sub præs. den 24. April d. J., von Obergerichtswegen, unter Modificirung des zweiten Passus des angefochtenen Erkenntnisses vom 16. October 1855 dahin:

> „daß der gedachte Möller in Folge dieser Verletzungen erkrankt und im Laufe dieser Krankheit von dem klägerischen Armencollegio auf seine Kost, Verpflegung und Wartung 30 ℛ 72 ß oder wie viel weniger verwandt sei,"

dem Supplicanten in qual. qua im Uebrigen hiedurch ein abschlägiger Bescheid *) ertheilt, derselbe auch schuldig erkannt, die Kosten der Gegenerklärung mit 31 ℛ 40 ß R.-M. binnen vier Wochen ab ins. dem Supplicaten zu erstatten.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 22. Juli 1856.

*) Auch dem Beklagten ist auf das von ihm gegen das Erkenntniß des judicii a quo eingelegte Rechtsmittel der Supplication ein abschlägiger Bescheid ertheilt worden. Er hatte seine Beschwerde darin gesetzt, daß die Klage nicht als unfundirt abgewiesen worden, und zur Widerlegung dieser Beschwerde wird in den Entscheidungsgründen bemerkt:

In Erwägung nun, daß zur Fundirung der Klage allerdings der Umstand wesentlich erscheint, daß das klägerische Armencollegium die eingeklagten Kosten zu verwenden verbunden gewesen ist, aus dem unbestrittenen Inhalte der Acten aber auch hervorgeht, daß für das Armencollegium die Nothwendigkeit hierzu vorgelegen hat, indem es, selbst wenn in Folge der Mißhandlung des Dienstjungen Möller das zwischen ihm und seinem Dienstherrn eingegangene Dienstverhältniß als aufgehoben nicht sollte betrachtet werden können, doch dem Armencollegio selbstverständlich nicht obgelegen haben würde, vor Verabreichung der begehrten Unterstützung den Dienstherrn zur Erfüllung der in Beziehung auf die Verpflegung seines Gesindes ihm obliegenden Verbindlichkeit anzuhalten oder eine Entscheidung hierüber zu veranlassen, selbiges vielmehr, sobald vorlag, daß die Brotherrschaft es an der genügenden Fürsorge für den erkrankten Dienstboten hatte fehlen lassen, nach dem § 80 der Armenordnung vom 27. December 1841 unbedingt verpflichtet war, die deshalb nöthigen Veranstaltungen zu treffen, und *mithin, da es, als* völlig ungerechtfertigt erscheint, diese Verpflichtung von willkürlichen Bedingungen abhängig zu machen, deren das Gesetz überall nicht erwähnt, die Supplicationsbeschwerde als unbegründet sich darstellt.

Allerhöchst privilegirte
Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

47. Stück. Den 24. November 1856.

Entscheidungen.

Rechtskraft eines in contumaciam abgegebenen Decretes. — Das Gericht, welches ein der Rechtskraft fähiges Decret erlassen hat, ist nicht zu einer nachträglichen Wiederaufhebung desselben wegen Nichtigkeit befugt.

In Sachen des Eingesessenen Thies Friederich Hansen in Schafstedt, als Curators der Concursmasse des Hans Wilhelm Thiessen daselbst, Beklagten und Litisreassumen, jetzt Supplicanten, wider die Wittwe und Erben des weil. Eingesessenen Martin Wilhelm zu Dückerswisch, Kläger und Litisreassumenten, jetzt Supplicaten, ppltr. in peto. justif., jetzt gegen Decret der Süderdithmarscher Landvogtei vom 6. Decbr. v. J.,

ergeben die Acten:

Auf den Antrag des Supplicanten, als Curators der Concursmasse des Claus Wilhelm Thiessen in Schafstedt, gegen welche von den Eingesessenen Hans Boie Rowedder in Schafstedt und Martin Wilhelm zu Dückerswisch gewisse Ansprüche bei der Süderdithmarscher Landvogtei gerichtlich verfolgt worden sind, ist, nachdem der zuletzt genannte Mitkläger im Laufe des Processes verstorben war, durch landvogteiliches Decret vom 19. October v. J. ein Termin ad litem reassumendam angesetzt worden, zu welchem beide Parteien geladen worden sind, und zwar die Wittwe und Erben des verstorbenen Martin Wilhelm resp. c. c. et tut., um sich über die Reassumtion oder das Aufgeben der Sache ihres Erblassers zu erklären, bei Strafe der Annahme der geschehenen Litisreassumtion. In dem am 2. October v. J. stattgehabten Termine erschienen die Wittwe und Erben, die jetzigen Supplicaten, nicht, und ward daher von der Landvogtei auf desfälligen Antrag des Beklagten, jetzt Supplicanten, unter Verurtheilung derselben in die zu 10 ₰ 36 ß bestimmten Kosten des Verfahrens, lis pro reassumta erkannt.

Gegen dies am 8. f. M. insinuirte Decret reichten sie nun am 15. f. M. eine Vorstellung ein, worin sie die Einrede der Sub- und Obreption vorschützten und zu deren Begründung bemerkten:

1) Die vorliegende Sache werde im ordentlichen Verfahren vor dem Süderdithmarscher Gerichte verhandelt, indem mit der bereits am 28. December 1854 stattgehabten Regulirung der Litiscontestation der letzte Act der einseitigen Thätigkeit der Landvogtei beendigt gewesen sei. Die Ladung zum Termin ad litem reassumendam habe daher von der Landvogtei als Präsidium des Gerichts nicht ohne das Königl. Actuariat abgegeben werden können, folgeweise sei das weitere Verfahren nichtig;

2) Das Ladungsdecret vom 19. Oct. v. J. sei trotz des entgegenstehenden Attestats der Albersdorfer Kirchspielschreiberei vom 23. f. M. sämmtlichen Imploraten keineswegs insinuirt, habe ihnen auch gar nicht insinuirt werden können, da der Mitimplorat Jacob Wilhelm zur Zeit gar nicht im Lande anwesend gewesen sei und den unmündigen drei Erbinnen, Lucie, Helena und Anna, derzeit, wie für die Landvogtei actenkundig, noch gar keine Vormünder bestellt gewesen seien. Daß Unmündigen nicht mit rechtlichem Effect irgend eine gerichtliche Verfügung insinuirt werden könne, bedürfe so wenig der weiteren Ausführung, als es sich von selbst verstehe, daß, wenn die Insinuation nicht in ordnungsmäßiger

Weise vorhergegangen, auch das weitere Verfahren ohne allen Effect bleiben müsse. Bewandten Umständen nach habe übrigens auch eine Erklärung Seitens der unmündigen Miterben allein vor geschehener Berathung mit den erst zu bestellenden Vormündern der Unmündigen nicht abgegeben werden können, so daß auch diese zum Ausbleiben im Termin befugt gewesen seien.

Schießlich erklärten die Supplicaten, **resp. c. c. et c. tut.**, daß sie den Proceß ihres Erblassers reassumirten, und beantragten, daß das von dem Supplicanten in Betreff der Reassumtion eingeleitete Verfahren cassirt und der am 2. Novbr. v. J. abgegebene Bescheid **ref. exp.** wieder aufgehoben werden möchte.

Supplicant berief sich in seiner hierüber eingezogenen Erklärung zuvörderst auf die sofort eingetretene Rechtskraft des auch mit keinem Rechtsmittel angefochtenen landvogteilichen Contumacialdecrets vom 2. November v. J., welche nicht zulasse, daß gegen dasselbe von den Supplicaten noch nachträglich längst präludirte Einreden vorgebracht würden, suchte aber eventuell auch die gegnerischen Einwendungen als unbegründet darzustellen, weil

1) es gerichtsüblich sei, daß die Landvogtei, als Präsidium des Gerichtes, die proceßleitenden Decrete, namentlich wenn die Sache, wie **in concreto** der Fall, noch nicht beim Gerichte eincitirt worden sei, ohne Zuziehung des Actuariats erlasse, übrigens auch eine Nichtigkeit der von der Landvogtei, als der competenten Behörde, erlassenen Decretur nicht behauptet werden könne, selbst wenn bei der Expedition die unwesentliche Förmlichkeit der Contrasignatur des Actuariats außer Acht gelassen wäre, und weil
2) die gehörig vollzogene Insinuation des fraglichen Decrets durch den Attest der Insinuationsbehörde als bewiesen vorliege, übrigens auch genüge, wenn dasselbe, was man jenseits nicht bestreite, der mit ihren Kindern in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebenden Mitsupplicatin insinuirt worden sei.

Demnach ward gebeten, daß die Litisreassumenten, unter Verurtheilung in die Kosten der replicativischen Erklärung, mit ihren Exceptionalien abgewiesen werden möchten.

Die Landvogtei hat hierauf unterm 6. December v. J. erkannt:*)

> daß, unter Beseitigung des Decrets vom 2. November v. J., die Kosten des Incidentstreites zu compensiren seien.

Gegen diesen Bescheid hat der Supplicant, unter Innehaltung der Fristen, hierher supplicirt und sich darüber beschwert:

> daß, wie geschehen, erkannt und nicht vielmehr die Supplicaten, unter Erstattung der Kosten, mit ihren Exceptionalien abgewiesen worden sind.

Es steht daher zur Frage, ob diese Beschwerde für begründet zu erachten ist.

In Erwägung nun, daß das am 2. Novbr. v. J. **in contumaciam** abgegebene Decret zwar nicht sofort die Rechtskraft beschritten hat, da die Regel **contumax non appellat** auf den bei einer einzelnen Proceßhandlung vorgekommenen Ungehorsam keine Anwendung findet,*) daß es aber fähig war, die Rechtskraft zu beschreiten, da es nach vorhergegangener Ladung der Gegenpartei, wodurch dieser Gelegenheit zur Vertheidigung gegeben worden, erlassen ist;

in Erwägung, daß daher das gedachte Decret nicht auf nachträgliche Remonstration der Supplicaten von der Behörde, welche es erlassen hatte, wie geschehen, wieder aufgehoben werden konnte, sondern etwa nur bei dem Obergericht mittelst einzubringender Supplication oder Nichtigkeitsbeschwerde anzufechten gewesen wäre, so daß also schon aus *diesen formellen* Rücksichten die gestellte Beschwerde sich rechtfertigt;

in Erwägung, daß es übrigens auch materiell an aller Veranlassung, das Decret wieder aufzuheben, gefehlt hätte, da das bei der Abgebung der Ladung zu dem fraglichen Termine beobachtete Verfahren dem Gerichtsgebrauche entspricht, indem, wie die Landvogtei in ihrem erstatteten Berichte bezeugt, bei Verhandlung der Proceßpräliminarien und der summarisch zu erledigenden Incidentpunkte in den bei dem Süderdith-

---

*) Die diesem Erkenntnisse vorangestellten Entscheidungsgründe lauten:

Da das unterm 19. October abgegebene Ladungsdecret dem Gegentheil am 23. October d. J., also gerichtsnotorisch zu einer Zeit insinuirt wurde, als den unmündigen Kindern des Martin Wilhelm noch keine Vormünder bestellt waren, da also das in Folge des Ausbleibens der nicht rechtsgehörig geladenen Gegenpartei abgegebene Contumacialdecret vom 2. November d. J. auch hinsichtlich der mündigen Erben, weil die Erben zur Reassumtion nicht einzeln, sondern als Gesammtheit geladen wurden, unheilbar nichtig ist, die Hauptsache aber durch die Erklärung der nunmehr gehörig legitimirten Gegenpartei, den Proceß reassumiren zu wollen, als erledigt anzusehen und mit Rücksicht auf den irrthümlich abgegebenen Insinuationsattest keiner Partei temerarium litigium zur Last fällt.

*) Bayer, Vorträge über den Civilproceß, S. 261 (Auflage 7).

marscher Gericht anhängigen Rechtssachen die Zuziehung des Actuariates weder vorgeschrieben, noch jemals üblich gewesen ist, da ferner eben so wenig darin, daß das Ladungsdecret der Wittwe und den Erben des verstorbenen Martin Wilhelm, resp. c. c. et tut., vor erfolgter Bestellung von Vormündern für die unmündigen Mitsupplicaten insinuirt worden ist, ein die Wiederaufhebung des Decrets vom 2. Novbr. v. J. motivirender Mangel würde erblickt werden können, da das mehrerwähnte Ladungsdecret unbestrittenermaaßen der Mitsupplicatin, Wittwe Wilhelm, insinuirt worden ist, diese aber, so lange noch keine Vormünderbestellung für ihre unmündigen Kinder erfolgt war, zur Repräsentation des Gesammtvermögens, daher auch zur Entgegennahme der Insinuation einer Ladung, nach anerkanntem Grundsatz befugt war,

wird dem Supplicanten auf seine sub præs. den 24. Decbr. v. J. hieselbst eingereichte Supplicationsschrift, bei abschriftlicher Mittheilung der darüber eingezogenen Gegenerklärung, von Obergerichtswegen hiedurch zum Bescheide ertheilt:

daß, unter Aufhebung des angefochtenen landvogteilichen Bescheides vom 6. December v. J., die Supplicaten mit ihren gegen das am 2. November v. J. abgegebene Contumacialdecret vorgebrachten Einwendungen abzuweisen, wie auch schuldig sind, dem Supplicanten die dadurch angeursachten Kosten, deren Verzeichnung und Ermäßigung vorbehältlich, binnen 4 Wochen ab ins. zu erstatten, unter Vergleichung der Kosten dieser Instanz.

Urkundlich zc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 25. August 1856.

Die einfache Querel ist nicht an die Formalien der Supplication gebunden.

In Sachen des Handlungsbeflissenen H. P. Glückstadt, jetzt in Hamburg, früher in Steinbeck, Citaten, jetzt Supplicanten, wider den Bürger Martin Theodor Beltz zu Hamburg, Kläger, jetzt Supplicaten, wegen rückständiger Zinsen s. w. d. a., jetzt Recurs wider das Verfahren des Gerichtes für das Amt Reinbeck;

ergeben die Acten:

daß in dieser Sache auf Anhalten des jetzigen Supplicaten ein Audienztermin von dem Gerichte für das Amt Reinbeck abgehalten und nach stattgehabter summarischer Verhandlung und vergeblich angestelltem Vergleichsversuche unterm 7./8. Decbr. v. J. erkannt worden ist:

daß Beklagter mit den erhobenen Gegenforderungen ad separatum zu verweisen, auch schuldig sei, dem Kläger die eingeklagten Zinsrückstände im Betrage von 360 ℳ 51 ß R.-M. zu bezahlen und die angeursachten Kosten zu erstatten.

Wider diesen Bescheid hat Beklagter innerhalb 10 Tagen die provocatio ad ordinarium, event. den Recurs an das Obergericht eingelegt, worauf das Reinbecker Gericht mittelst Decrets vom 27. Januar d. J.,

in Erwägung, daß die erhobene Klage auf Grund einer liquiden Schuldurkunde angestellt worden, demnach eine Verhandlung derselben in ordinario nicht zulässig erscheine,

die eingelegte Provocation an Ding und Recht verworfen, dem event. interponirten Rechtsmittel des Recurses an das Holsteinische Obergericht dagegen stattgegeben hat.

Unterm 25. Februar d. J. ist dann Beklagter hieselbst mit einer Vorstellung eingekommen, in der er sich darüber beschwert, daß der eingewandten provocatio ad ordinarium nicht stattgegeben worden, und indem er zugleich verschiedene eventuelle Anträge stellt, seinen Hauptantrag dahin richtet:

daß das amtsgerichtliche Decret vom 24./26. Januar d. J. als nichtig wieder aufgehoben, und der interponirten Provocation wider das amtsgerichtliche Decret vom 7./8. Decbr. v. J. stattgegeben werden möge.

Da nun von einer unheilbaren Nichtigkeit des auf einseitigen Antrag des Supplicanten abgegebenen Decrets nicht die Rede sein kann, so fragt es sich zunächst: ob die Nichtbeobachtung der für das Rechtsmittel der Supplication vorgeschriebenen Formalien der Berücksichtigung der wider das beregte Decret erhobenen Beschwerde entgegensteht, und event. ob die Beschwerde für begründet zu erachten?

In Erwägung nun, daß die nach gemeinem Recht für Fälle der vorliegenden Art zulässige einfache Querel an keine Fristen und eben so wenig auch an die Beobachtung der für ordentliche Rechtsmittel vorgeschriebenen Formalien gebunden ist, diese gemeinrechtlichen Grundsätze auch durch keine entgegenstehende Bestimmungen des vaterländischen Processes abgeändert worden sind, die Gesetzgebung dieselben vielmehr in der für das Oberappellationsgericht unterm 15.

Mai 1834 erlassenen provisorischen Gerichtsordnung auch noch ausdrücklich anerkannt hat;*)

in Erwägung, daß hinfolglich die Beschwerde des Supplicanten als einfache Querel der richterlichen Prüfung zu unterziehen ist, indem die Bestimmung der vorerwähnten Gerichtsordnung (§ 76), wornach die Statthaftigkeit der einfachen Beschwerde von der Voraussetzung bedingt ist, daß der Querulant zunächst vergeblich bei dem Gerichte selbst, gegen welches die Querel gerichtet ist, eine Abhülfe seiner Beschwerde zu erwirken gesucht hat, nur Anwendung leidet auf die beim Oberappellationsgerichte anzubringende Querel;

in Erwägung ferner, daß das Begründetsein der vom Supplicanten erhobenen Beschwerde einem Zweifel nicht unterliegen kann, da die Annahme einer stillschweigenden prorogatio fori in diesem Fall völlig ausgeschlossen erscheint, und die nach der Entscheidung des jud. a quo vorhandene Liquidität der eingeklagten Forderung die Competenz des Gerichts selbstfolglich nicht hat begründen können in einem Fall, wo die klagende Partei nicht das für liquide Schuldsachen gestattete unbedingte Mandatsverfahren eingeschlagen, sondern die Sache vielmehr im Audienzverfahren beim Gerichte zur Verhandlung gebracht hat, es somit aber völlig klar zu Tage liegt, daß das abgegebene Er-

---

*) Das Holsteinische Obergericht war früher anderer Ansicht, vgl. Jahrg. 1849 der Anz., S. 196. Wenn es hier heißt, „daß dem Holsteinischen Proceßverfahren die s. g. einfache Querel als eine an die Formalien des ordentlichen Rechtsmittels nicht gebundene Beschwerde über einen richterlichen Act in der bisherigen Proceßführung zwischen den streitenden Theilen nicht bekannt ist, die gedachte Beschwerde vielmehr, wo sie wegen Verletzung vorgeschriebener Förmlichkeiten und dergleichen auch gegen der Rechtskraft nicht fähige richterliche Erlasse für zulässig erachtet wird, in Form des Rechtsmittels der Supplication und unter Innehaltung der für dieses Rechtsmittel vorgeschriebenen Nothfristen eingeführt werden muß," so hat zwar die vaterländische Gesetzgebung, abgesehen von der Instruction für das Königl. Oberappellationsgericht vom 15. Mai 1834, das bei der einfachen Querel zu beobachtende Verfahren nicht näher normirt. Aber es dürfte sich unstreitig nicht rechtfertigen lassen, daraus die Folgerung ableiten zu wollen, daß nur in höchster Instanz die einfache Beschwerde ohne Berücksichtigung der Formalien der Supplication angebracht werden könne. Das Holsteinische Proceßverfahren ist durch die vaterländische Gesetzgebung keineswegs in allen Beziehungen erschöpfend normirt worden, und so wie daher häufig auf das gemeine Recht recurrirt werden muß, so wird dasselbe auch hier, wo es an bestimmten Vorschriften mangelt, ergänzend eintreten müssen. Dem gemeinen Recht ist aber bekanntlich die an keine Förmlichkeiten gebundene einfache Querel keineswegs fremd. vgl. Linde, Lehrb. des Civilprocesses, § 182, Francke, gemeiner Deutscher und Schlesw.-Holst. Civilproceß, II. § 109 und 161.

In Holstein ist nun freilich die Supplication bisher gewöhnlich als eine generelle Form benutzt worden, in welche man im Zweifel jede Art von Beschwerden eingekleidet hat, und darin mag es seine Erklärung finden, daß der begriffsmäßige Unterschied zwischen dem Rechtsmittel der Supplication und der einfachen Beschwerde sich in der Praxis dergestalt verwischt hat, daß es hat in Frage kommen können, ob nicht auch für letztere die Formalien des ordentlichen Rechtsmittels zu beobachten seien. Allein wenn auch hiervon in den seltenen Fällen ausgegangen ist, wo diese meistentheils aus Cautel ängstlich vermiedene Frage einmal zur Entscheidung gekommen, so hat doch das Obergericht gewiß mit Recht Bedenken tragen müssen, an dem in wenigen Präjudicaten aufgestellten Grundsatz noch ferner festzuhalten, da derselbe sich offenbar mit dem Begriff und dem Wesen der einfachen Beschwerde nicht vereinigen läßt.

Nicht verwechseln darf man natürlich mit dem obigen den umgekehrten Fall, wo die Beschwerde gerichtet ist gegen ein der Rechtskraft nicht fähiges Decret, welches auf einseitigen Antrag der Gegenpartei abgegeben ist. Entscheidend ist freilich auch hier nicht die Form, in der die Querel vorgebracht wird. Aber, weil in solchem Fall eine Beschwerde bei der höheren Instanz regelmäßig nicht erwachsen ist, so lange nicht Abhülfe gesucht ist beim judex gravans, so wird aus diesem Grunde die Querel zurückgewiesen werden müssen, wie dies *auch neuerdings* wiederholt vom Obergerichte anerkannt ist. Und hat der Beschwerdeführer diesen Weg bereits betreten, hat er seine Einwendungen gegen das auf Veranlassung des Gegners abgegebene Decret beim Unterrichter vorgebracht und ist hier damit nicht gehört worden, so kann, weil schon nicht mehr ein der Rechtskraft unfähiges Decret vorliegt, von der einfachen Querel nicht die Rede sein, sondern es muß dann die erfolgte Entscheidung allerdings mit dem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden.

Ueberall aber, wo die einfache Beschwerde überhaupt zulässig ist, da kann sie nicht gebunden sein an die Formalien der Supplication, welche nur für der Rechtskraft fähige Decrete eine Bedeutung haben. Denn wo die Rechtskraft nicht eintreten kann, wo der judex gravans also selbst seine beschwerende Verfügung wieder aufzuheben berechtigt ist, da ist es offenbar in sich widersprechend, die Abänderlichkeit derselben durch das vorgesetzte Gericht von der Beobachtung der Formalien ordentlicher Rechtsmittel abhängig machen zu wollen. Dies ist ja denn auch von der vaterländischen Gesetzgebung in dem einzigen Gesetze, welches der einfachen Querel gedenkt, anerkannt worden, und um so weniger kann es gerechtfertigt erscheinen, wenn die schon aus der Natur und dem Wesen dieses außerordentlichen Rechtsmittels abzuleitenden Grundsätze des gemeinen Rechtes beim Obergerichte früher nicht zur Anwendung gekommen sind.

kenntniß rechtlich nur als laudum hat angesehen werden können;

wird auf die sub præs. den 25. Febr. d. J. hieselbst eingereichte Vorstellung und Bitte des Supplicanten, nach darüber eingezogener Erklärung des Gegentheils und erstattetem amtlichen Bericht, von Obergerichtswegen zum Bescheide ertheilt:

> daß, unter Aufhebung des Decretes des Gerichts für das Amt Reinbeck vom 24. Januar d. J., der vom Beklagten und jetzigen Supplicanten gegen das Erkenntniß desselben Gerichts vom 7./8. December v. J. eingelegten Provocation stattzugeben und diese Sache daher ad ordinarium zu remittiren sei.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 27. August 1856.

Die Proceßhandlung, zu deren Vornahme eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ertheilt worden ist, kann nur dann als nicht rechtzeitig vorgenommen betrachtet werden, wenn in dem Restitutionsdecret eine präclusivische Frist vorgeschrieben und diese nicht innegehalten worden ist. — Die Einlieferung mangelhafter Unterinstanzacten giebt keinen Grund zur Deserterklärung der Appellation.

In dem nachstehend mitgetheilten Fall war der Kläger, welcher die Einwendung der Appellation gegen ein von dem Reinbecker Dinggericht abgesprochenes Erkenntniß versäumt hatte, durch Decret des Holsteinischen Obergerichts vom 4. October 1838 dahin in integrum restituirt worden, daß ihm gestattet war: „annoch in einem auf seine Kosten vom Dinggerichtsdirectorio unter Zuziehung des Actuariats des Dinggerichts und Adcitation des Gegners anzusetzenden Termin mündlich seinen auf interpositio appellationis etr. sententiam des Reinbecker Dinggerichts vom 5. Octbr. 1837 gerichteten Antrag vorzubringen, auch in solchem Termin die Schooßmalserlegung und Cautionsbestellung zu beschaffen."

Derselbe hatte darauf in einem unterm 6. Novbr. 1838 von ihm ausgebrachten, am 13. Decbr. f. J. stattgehabten Termin die Appellation eingelegt und ihre Solennien prästirt. Als nun die Sache in appellatorio zur Verhandlung gelangte, begründete der Beklagte eine vorgeschützte exceptio desertæ appellationis darauf, daß

1) da in dem obergerichtlichen Restitutionsdecret keine Frist für die nachträgliche Einwendung der Appellation vorgeschrieben worden sei, das gesetzliche Decendium Platz greifen müsse, welches, da es vom 11. Octbr. 1838, als dem Tage der Insinuation des Restitutionsdecrets, zu laufen beginne, vom Appellanten nicht innegehalten sei, und daß
2) von dem Letzteren die Unterinstanzacten nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise eingebracht seien.

Das Obergericht gab nach Verhandlung dieser Einreden das nachstehende Termins-Erkenntniß ab:

In Appellationssachen des Obergerichts-Advocaten Claussen-Schütz in Wandsbeck, mand. noie. des Zimmermeisters Lange in Hamm, Klägers und Deducenten, jetzt Appellanten, wider den Bauervogt Siemers in Schiffbeck, Beklagten und Deducten, jetzt Appellaten, in peto. deb. 792 ℔ 15 ß Cour. wegen Rechnungsschuld für Bauten f. w. d. a., incidenter deductionis attestatorum, nunc appellationis, jetzt die von dem Appellaten vorgeschützte exceptio non devolutæ et desertæ appellationis,

wird,

in Erwägung, daß Appellant mittelst Decrets vom 4./11. October v. J. dahin in integrum restituirt worden, daß es ihm noch zu gestatten, die versäumte Appellation vor dem Directorio des Dinggerichts zu interponiren;

in Erwägung, daß es solchemnach dem Appellanten oblag, rechtzeitig einen desfälligen Termin beikommenden Orts auszubringen, daß die hiezu eingeräumte Frist, da eine anderweitige in dem Restitutionsdecret nicht vorgeschrieben war, selbstverständlich nur die gesetzliche sein konnte, die Ansetzung eines Termins also nach Vorschrift der Landgerichtsordnung entweder stante pede oder innerhalb 10 Tagen nach insinuirtem Restitutionsdecret nachzusuchen gewesen wäre,

daß aber der Appellant erst nach Verlauf von 4 Wochen die Ansetzung eines solchen Termins nachgesucht hat; und

in fernerer Erwägung, daß das gesetzliche Decendium keiner Prorogation fähig ist, vielmehr die Rechtskraft eines Erkenntnisses nach Ablauf des decendii von selbst eintritt, daß auch die Bewilligung von Di-

lationen weder Rechte verleihen noch sonst begründete Rechte entziehen kann;

in Erwägung, daß daher die Stattgebung der Appellation **in inferiori** den bestehenden Gesetzen zuwiderläuft, daß auch durch die Zulassung der Appellation **in inferiori** eine selbstständige Prüfung der gesetzlichen Erfordernisse von Seiten des Richters in der Berufungsinstanz nach der bestehenden Praxis keineswegs ausgeschlossen wird;

endlich aber mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der eingelegten Unterinstanzacten ebenfalls die vorgeschützte **exceptio desertæ appellationis** für begründet zu achten,

von Obergerichtswegen, in Erwägung vorstehender Gründe, hiedurch erkannt:

> daß die Appellation anhero nicht erwachsen, Appellant auch schuldig, dem Gegentheil die Kosten des hieselbst stattgehabten Verfahrens, **mod. salva**, innerhalb 4 Wochen zu erstatten.

Wie denn solchergestalt hierdurch erkannt wird

V. R. W.

Publicatum im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 12. Septbr. 1839.

Gegen dieses Erkenntniß wandte der Appellant sich an das vormalige Schleswig-Holstein-Lauenburgische Oberappellationsgericht und erlangte das nachstehende reformatorische Erkenntniß:

Christian der Achte &c. &c.

In Sachen des Ober- und Landgerichts-Advocaten Claussen-Schütz in Wandsbeck, **m. n.** des Zimmermeisters Lange in Hamm, Klägers und Appellanten, wider den Ober- und Landgerichts-Advocaten von Prangen, in Vollmacht des Bauervogts Siemers zu Schiffbeck, Beklagten und Appellaten, **in peto. deb.** 792 ℔ 15 β Cour., jetzt in Betreff der Rechtfertigung der Appellation gegen das Erkenntniß des Königl. Holsteinischen Obergerichts vom 12. Septbr. 1839,

wird, nach verhandelter Sache, unter Mittheilung der hieselbst den 26. April 1840 eingegangenen Erklärung des Appellaten,

in Erwägung

1) daß in dem Restitutionsdecret vom 4. October 1838 nicht bestimmt ist, daß und in welcher Frist von dem Appellanten bei dem Dinggerichtsdirector die Ansetzung eines Termins zum Behuf der **interpositio appellationis** gegen das Erkenntniß des Reinbecker Dinggerichts zu bewirken sei, daher nach § 16 der Verordnung für das Verfahren bei Gesuchen um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Appellat mit der **exceptio non devolutæ appellationis** nicht zu hören;

2) daß nach mehreren gemeinen Bescheiden vom vorigen Jahrhundert und insbesondere nach den gemeinen Bescheiden vom 26. October 1815, vom 3. März 1821 und vom 19. Mai 1835 den Advocaten zwar die Einlieferung vollständiger Unterinstanzacten in beglaubter Form anbefohlen, jedoch nur unter Androhung einer bestimmten Brüche, daher in Rücksicht auf die Beschaffenheit der eingelieferten Unterinstanzacten die Appellation nicht hat für desert erklärt werden können,

hiemit für Recht erkannt:

> daß das angefochtene Erkenntniß des Obergerichts dahin zu reformiren, daß Appellat mit der vorgeschützten **exceptio non devolutæ et desertæ appellationis** nicht zu hören, sondern vielmehr sich auf die Beschwerden einzulassen schuldig und daher **novus terminus** zur Verhandlung in der Hauptsache anzusetzen ist, unter Vergleichung der Kosten der Verhandlung in dieser und in der vorigen Instanz.

Die Rechnung des Anwaltes des Appellanten wird zu 32 ℛ, die Rechnung des Procurators zu 5 ℛ, die Rechnung des Anwaltes des Appellaten wird mit Inbegriff der zu 6 ℛ bestimmten Kosten des Advocaten Ohrt zu 32 ℛ und die Rechnung des Procurators zu 4 ℛ 48 β bestimmt.

V. R. W.

Urkundlich &c. Gegeben im Königl. Oberappellationsgerichte zu Kiel, den 30. Mai 1840.

Ueber die Normirung der Beweislast.

In Sachen des früheren ⅛ Hufners Fr. Martens in Kl. Wesenberg, jetzt in Bargfeld, Guts Jersbeck, Klägers und Supplicanten, wider den Erbpächter Christian Möller zu Kl. Wesenberg, Beklagten und Supplicaten, wegen angeblich schuldiger 80 ℛ R.-M., jetzt Supplication wider das Erkenntniß des Rethwischer Amthauses vom 10. October v. J.;

ergeben die Acten:

Der jetzige Supplicant hat in einem bei dem Rethwischer Amthause wider den Supplicaten ausgebrachten Audienztermin klagend vorgebracht:

Bei der Auszahlung der 2666 ℳ 64 ß, welche der 1/6 Hufner Dencker in Kl. Wesenberg laut Kaufcontract an den Kläger zu zahlen gehabt, sei der Beklagte anwesend gewesen und habe von den Geldern, die Dencker dem Kläger in einzelnen Stapeln auf dem Tische zur Empfangnahme hingezählt gehabt, nachdem Kläger bereits für den Empfang quittirt und begonnen habe, das Geld einzuziehen, 80 ℳ R.=M. vom Tische genommen und die Rückgabe verweigert.

Da nun Beklagter bei seiner Weigerung beharre, bitte Kläger, ihn zur Zahlung der 80 ℳ schuldig zu erkennen.

Vom Beklagten sind unter Vorbehalt der Injurienklage die klägerischen Behauptungen in Abrede gestellt worden, und das Rethwischer Amthaus hat hierauf mittelst in selbigem Termin publicirten Erkenntnisses dem Kläger zu beweisen auferlegt:

> daß Beklagter bei Gelegenheit der am 2. Mai d. J. stattgehabten Auszahlung Seitens des Dencker an den Kläger für die Stelle des Letzteren von der Kaufsumme 80 ℳ R.=M. vom Tische genommen und für sich behalten habe.

Gegen dieses Erkenntniß hat Kläger innerhalb 10 Tagen die **provocatio ad ordinarium, event.** das Rechtsmittel der Supplication eingelegt, hat sich jedoch mit der Gegenpartei später dahin vereinbart, daß mit Umgehung des **ordinarium** die Sache im Wege der Supplication zur Entscheidung des Obergerichts gebracht werden solle, und sich bei Einführung der Supplication darüber beschwert, daß ihm auch zu beweisen auferlegt worden, daß Supplicat die fraglichen 80 ℳ R.=M. für sich behalten habe.

In der eingezogenen Gegenerklärung wird die Einrede der nicht devolvirten Supplication opponirt und darauf gestützt, daß nach Vorschrift der Landgerichtsordnung das Rechtsmittel im Termin der Publication des Erkenntnisses **stante pede** habe interponirt werden müssen.

Es steht sonach zur Frage:

1) ob die Einrede der nicht devolvirten Supplication für begründet zu erachten? und **event.**
2) ob und in wie fern sich Kläger mit Grund über die ihm auferlegten Beweise beschwert?

In Erwägung, daß das angefochtene Erkenntniß ursprünglich ein **laudum** war und erst in Folge der später getroffenen Vereinbarung die Bedeutung eines förmlichen Erkenntnisses angenommen hat, die Einrede der nicht devolvirten Supplication mithin unbegründet erscheint, da die Vorschrift der Landgerichtsordnung selbstfolglich nur auf den Fall Anwendung leidet, wo ein förmliches Erkenntniß als solches publicirt worden ist;

in Erwägung ferner, die Hauptsache anlangend, daß der Kläger immer nur die für die Klagbegründung wesentlichen Thatsachen zu erweisen hat, daß es aber für die Begründung der Verpflichtung des Beklagten zur Erstattung der weggenommenen Gelder völlig irrelevant erscheint, ob selbiger das Geld für sich behalten, oder einem Dritten übergeben hat, und daß daher die auch in der Klage nicht vorgebrachte Behauptung, daß Beklagter das Geld für sich behalten, dem Kläger nicht hat zum Beweise verstellt werden dürfen;

in Erwägung jedoch, daß andererseits die behauptete Wegnahme des Geldes vom Tische noch nicht mit genügender Bestimmtheit erkennen läßt, daß Beklagter das Geld nicht bloß vom Tische, sondern auch mit fortgenommen, oder mit andern Worten in Besitz genommen hat, und daß daher die Klage ihre vollständige Schlüssigkeit erst erlangt durch die weitere Behauptung, daß Beklagter die Rückgabe des Geldes verweigert habe, hinsolglich auch der Beweis dieser Behauptung vom Kläger beizubringen ist,

wird auf die **sub præs.** den 6. November v. J. hieselbst eingegangene Supplicationsschrift, bei abschriftlicher Mittheilung der darüber eingezogenen Erklärung des Gegentheils, unter Beseitigung der **sent. a qua** und Compensation der Kosten dieser Instanz, hiermittelst von Obergerichtswegen zum Bescheide ertheilt:

> Könnte und würde Kläger, unter Vorbehalt der Eide und des Gegenbeweises, darthun und erweisen:
>
> > daß bei Gelegenheit der geschehenen Auszahlung der Kaufgelder von Seiten des Dencker an den Kläger Beklagter von diesen Geldern 80 ℳ R.=M. vom Tische genommen und die Rückgabe an den Kläger verweigert habe,
>
> so würde auf solche geführte oder nicht geführte Beweise, sowohl in der Hauptsache, als der Kosten wegen, weiter ergehen, was Rechtens.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 11. März 1856.

Criminalfälle.

Calumnie.

Von Obercriminalgerichtswegen.

Bei Remittirung der Untersuchungsacten wider die Eheleute Millhagen zu Schwarzbock, Guts Schmoel, wird dem Justitiariate des adeligen Guts Schmoel hierdurch aufgegeben, den Eheleuten Millhagen das nachstehende Erkenntniß zu publiciren und für die Vollstreckung der erkannten Strafen Sorge zu tragen.

In Erwägung, daß die Inculpatin Millhagen sich einen zwiefachen Ehebruch hat zu Schulden kommen lassen, indem sie sich geständiger- und erwiesenermaaßen mit einem verheiratheten Manne, dem Sattler Hundertmarck, ungefähr 14 Tage vor Weihnachten 1854 fleischlich vermischt hat;

in Erwägung, daß beide Eheleute Millhagen dieses Vergehen benutzt haben, um von dem Sattler Hundertmarck Geld zu erpressen und, nachdem sie von ihm zweimal 16 ℛ R.-M. erhalten, weil sie auf dem bisher eingeschlagenen Wege von ihm weitere Geldzahlungen nicht haben erlangen können, ihrem Geständnisse und den anderweitig ermittelten Umständen zufolge zu demselben Zweck eine falsche Denunciation wider Hundertmarck vorgebracht haben, indem Millhagen auf Anstiftung seiner Frau am 21. Mai v. J. bei Vorbringung der Bitte um Bewilligung des Armenrechts der Gutsobrigkeit auf Pancker wider besseres Wissen die Anzeige machte, daß Hundertmarck gegen seine, des Inculpaten, Frau eine Nothzucht begangen und eine Abfindung von 100 ℔ versprochen habe, die Frau aber, als diese Anzeige keine weitere Folge hatte, am 15. Juni v. J. sich nach Schönberg begab und dort vor der Klostervogtei eine detaillirte Denunciation vorbrachte, wonach Hundertmarck unter erschwerenden Umständen das Verbrechen der Nothzucht an ihr begangen haben sollte;

in weiterer Erwägung, daß diese Denunciation eine Untersuchung wider Hundertmarck zur Folge gehabt, daß bei dieser Untersuchung die Eheleute Millhagen beharrlich an ihren falschen Angaben festgehalten und selbige erst mit dem Geständniß der begangenen Calumnie zurückgenommen haben, nachdem auf Grund der anderweitigen Ermittelungen, welche es namentlich außer Zweifel stellten, daß die Inculpatin Millhagen ihrer Persönlichkeit und ihrem Ruf nach eine Person sei, zu der man sich einer falschen Anklage wohl versehen dürfte, ein freisprechendes Erkenntniß in Beziehung auf das dem Hundertmarck zur Last gelegte Verbrechen der Nothzucht erfolgt war;

in Erwägung, daß sich solchemnach beide Eheleute Millhagen des Verbrechens der Calumnie schuldig gemacht haben, daß aber die Ehefrau ungleich strafbarer erscheint, als ihr Ehemann, da von ihr die Calumnie, an der der Mann sich betheiligt, ausgegangen und ihre Denunciation die wider Hundertmarck eingeleitete Criminaluntersuchung veranlaßt hat; wie sie denn auch zugleich wegen des ihr zur Last fallenden zwiefachen Ehebruchs zu bestrafen ist;

in Erwägung endlich, daß, wenn auch die Strafe der Talion außer Anwendung gekommen ist, doch die Schwere des angeschuldigten Verbrechens selbstfolglich auf die Bestimmung der wider den Calumnianten zu erkennenden arbitrairen Strafe von wesentlichem Einfluß wird sein müssen, und daher in Betracht, daß der Denunciat, falls er das ihm Schuld gegebene Verbrechen wirklich begangen, mit langjähriger Zuchthausstrafe hätte belegt werden müssen, für die Inculpatin Millhagen bei Berücksichtigung ihrer Persönlichkeit eine dreijährige Zuchthausstrafe *als eine ihrem* Verschulden entsprechende Strafe angesehen werden muß, während für den Inculpaten Millhagen die Dauer der zu erkennenden Zuchthausstrafe auf Ein Jahr wird beschränkt werden können;

> wird die Inculpatin Catharina Margaretha Magdalena Millhagen, geb. Jansen, wegen Erpressung und Calumnie, so wie wegen zwiefachen Ehebruchs zu einer dreijährigen Zuchthausstrafe, ihr Ehemann, der Inculpat Millhagen, aber wegen Theilnahme an dem Verbrechen der Erpressung und Calumnie zu einer einjährigen Zuchthausstrafe, beide auch zur Erstattung der Untersuchungskosten, insoweit sie des Vermögens, verurtheilt.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obercriminalgerichte zu Glückstadt, den 26. Juni 1856.

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

48. Stück. Den 1. December 1856.

Entscheidungen.

Qualificirtes Geständniß. — Normirung der Beweislast.

In Appellationssachen des Schlachtermeisters Blume in Segeberg, Klägers und Appellanten, wider den Gastwirth Rohlf in Christiansthof, Beklagten und Appellaten, wegen Erfüllung eines Kaufhandels s. w. d. a.;

ergeben die Acten:

Der jetzige Appellant hat bei dem Plöner Landgericht wider den Appellaten klagend vorgebracht, daß er im Juli v. J. eine dem Beklagten gehörige Kuh auf dem Felde besehen und darauf demselben die Frage vorgelegt, zu welchem Preise er die Kuh verkaufe. Der Beklagte habe darauf geantwortet, daß für den Fall, daß die Kuh in der nächsten Woche geliefert werde, er sie für 88 ℞ R.=M., für den Fall, daß sie ausgehen solle, für 106 ℞ 64 ß R.=M. verkaufe. Kläger habe nun zunächst 80 ℞ R.=M. geboten und schließlich, als der Beklagte dies von der Hand gewiesen, erklärt, daß er bereit sei, die Kuh mit 88 ℞ R.=M. zu bezahlen und sie in der nächsten Woche abholen werde. Später habe der Beklagte sich jedoch geweigert, die solchergestalt verkaufte Kuh gegen Zahlung des Preises auszuliefern, und ist demnach gebeten, denselben unter Verurtheilung in die Kosten hiezu schuldig zu erkennen.

Excipiendo hat der Beklagte die Richtigkeit der Angaben über die an ihn gestellte Frage und seine Antwort darauf eingeräumt. Er habe dabei aber gar nicht daran gedacht, die Kuh an den Kläger zu verkaufen, da er dieselbe vielmehr für den Fall, daß er sie abstehen wolle, bereits einem anderen Kaufliebhaber zugesagt. Der Beklagte hat ferner eingeräumt, daß der Kläger darauf 80 ℞ R.=M. geboten und er dies mit den Worten „das wolltest du wohl" von der Hand gewiesen, damit sei aber das Gespräch über den Handel vorläufig zu Ende gewesen, und erst geraume Zeit nachher, nachdem inzwischen die Parteien und andere Anwesende Unterredungen über ganz andere Dinge gepflogen, habe der Kläger gesagt, daß er dem Beklagten 88 ℞ R.=M. geben und die Kuh in der nächsten Woche abholen wolle. Hierauf habe der Beklagte erwidert, daß er die Kuh überall nicht an ihm verkaufen könne, da er dieselbe, wenn er sie für 88 ℞ R.=M. verkaufen wolle, bereits einem Anderen überlassen. Auf Grundlage dieser Darstellung hat der Beklagte die Einrede der unbegründeten Klage vorgeschützt und um Abweisung der Klage unter Kostenerstattung gebeten.

Replicando hat der Kläger zugegeben, daß der Handel dadurch unterbrochen worden, daß die Parteien ein Abendessen genossen, ohne dabei jedoch über andere Gegenstände zu sprechen, und hat das Plöner Landgericht unterm 15. October 1855 erkannt:

daß Kläger mit seiner Klage abzuweisen, **ref. exp.** *)

---

*) In den Entscheidungsgründen zu diesem Erkenntnisse heißt es:

In Betracht nun, daß derjenige, welcher einen Kaufpreis für eine Sache fordert, an seine Forderung als gebunden angesehen werden muß, wenn der Käufer sobald, nachdem er die Forderung erfahren hat, sich bereit erklärt, den Preis zu geben, indem der Virkäufer die zur Perfection des Vertrages nöthige Einwilligung schon im Voraus ertheilt, daß er aber an seine Forderung nicht mehr gebunden sein kann, wenn der Käufer dieselbe ablehnt, indem dadurch die Verhandlungen über den abzuschließenden Vertrag beendigt werden, eine solche Ablehnung aber darin gefunden werden muß, daß der Käufer eine geringere Summe bietet, als der Verkäufer fordert,

Gegen dieses Erkenntniß hat der Kläger das Rechtsmittel der Appellation eingewandt, die üblichen Solennien prästirt und sich darüber beschwert:

1) daß nicht dem Klagantrage gemäß,
2) daß nicht mindestens auf einen der Actenlage entsprechenden Beweis erkannt worden,

und steht nunmehr zur Frage: ob und in wie fern diese Beschwerden begründet sind.

In Erwägung nun, daß zur Fundirung einer Klage nur die Behauptung solcher Thatsachen erforderlich ist, die im Allgemeinen, abgesehen von etwa möglichen besonderen Verhältnissen, hinreichen, den erhobenen Anspruch zu begründen; daß aber die Parteien darin übereinstimmen, daß der Beklagte auf die Anfrage des Klägers, zu welchem Preise er die fragliche Kuh verkaufen wolle, eine je nach der Lieferungszeit verschiedene Summe genannt, daß er ferner ein niedrigeres Gebot des Klägers von der Hand gewiesen und daß dieser darauf erklärt, daß er den geforderten Preis geben und die Kuh in der nächsten Woche abholen wolle, und daß diese Thatsachen im Allgemeinen als hinreichend angesehen werden müssen, um den Abschluß des Kaufhandels darzuthun, indem auf den Umstand, daß zwischen dieser schließlichen Erklärung und dem früheren Gespräch auch noch andere Gegenstände zur Sprache gekommen sein sollen, kein weiteres Gewicht gelegt werden kann;

in fernerer Erwägung, daß, wenn solchemnach auch die Einrede der unbegründeten Klage nicht zu hören ist, weil aus den behaupteten und vom Beklagten eingeräumten Thatsachen unter gewöhnlichen Umständen eine Willensübereinstimmung der Parteien über den Kauf und Verkauf der Kuh zu entnehmen sein wird, die von Seiten des Beklagten eingeräumten Aeußerungen eine anderweitige Auffassung doch nicht geradezu ausschließen, indem es allerdings möglich ist, daß er bei dem Nennen des Preises zunächst noch nicht die Absicht gehabt, die Kuh an den Kläger zu verkaufen, und auch die Abweisung des niedrigeren Gebotes mit den Worten: „das wolltest du wohl," eine andere Auslegung als die des Eingehens auf einen Handel über die Kuh zuläßt, daß aber die Thatsache, daß die aus den Behauptungen der Klage zu entnehmende Willensübereinstimmung über den Abschluß des Kaufhandels nur eine scheinbare gewesen, als constatirt anzusehen sein würde, wenn der Beklagte die schließliche Erklärung des Klägers, den geforderten Preis geben und die Kuh in der nächsten Woche abholen zu wollen, dahin beantwortet, daß er die Kuh überall nicht an ihn verkaufen könne, da er dieselbe, wenn er sie verkaufen wolle, bereits einem Andern überlassen, und daß daher eine Verurtheilung des Beklagten nach Maaßgabe der ersten Beschwerde nicht erfolgen kann, demselben vielmehr die fragliche Thatsache, da sie replicando nicht eingeräumt worden, zum Beweise zu verstellen ist;

wird, auf eingelegte Receſſe und Unterinstanzacten, nach stattgehabter mündlicher Verhandlung, in Erwägung vorstehender Gründe, hiedurch von Obergerichtswegen, unter Remittirung der Sache an das Plöner Landgericht und Compensation der Kosten dieser Instanz, für Recht erkannt:

daß das angefochtene Erkenntniß des Plöner Landgerichts vom 15. October 1855 dahin zu reformiren:

daß der Beklagte schuldig zu *erkennen*, die in Rede stehende Kuh dem Kläger gegen Auszahlung des mit 88 ℛ R.-M. bedungenen Preises binnen Ordnungsfrist auszuliefern und die angeursachten Kosten, deren Verzeichnung und Ermäßigung vorbehältlich, zu erstatten, es sei denn, daß er binnen gleicher Frist, unter Vorbehalt des Gegenbeweises und der Eide, beweisen könnte, daß er die schließliche Erklärung des Klägers, den geforderten Preis geben und die Kuh in der nächsten Woche abholen zu wollen, dahin beantwortet, daß er die Kuh überall nicht an ihn verkaufen könne, da er dieselbe, wenn er sie verkaufen wolle, bereits einem Andern überlassen, in welchem Falle Kläger mit seiner Klage unter Verurtheilung in die Proceßkosten abzuweisen.

Wie denn solchergestalt hierdurch erkannt wird

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. Publicatum im Königl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 9. Juni 1856.

---

daß ferner die nachherige Erklärung des Käufers, die von dem Verkäufer geforderte Summe geben zu wollen, als der Beginn einer neuen Vertragsverhandlung erscheint, aus welcher ein perfecter Vertrag nicht hervorgeht, bevor eine ausdrückliche Erklärung des Verkäufers über seine Einwilligung, jetzt für diese Summe, an die er nach der erstern Ablehnung des Käufers nicht mehr gebunden war, verkaufen zu wollen;

in Betracht, daß im vorliegenden Falle eine solche Erklärung des Verkäufers nicht behauptet ist, demnach der Vertrag nicht als perfect angesehen werden kann, und es daher auch auf den Beweis der Thatsache, daß Verkäufer noch ausdrücklich erklärt habe, dem Käufer die Kuh überhaupt nicht verkaufen zu wollen, nicht ankommt.

Stiefältern sind als Zeugen für ihre Stiefkinder nicht inhabil, sondern verdächtig. — Bei geführtem halben Beweise ist der richterliche Eid in der Regel der Partei zuzuerkennen, welche vor der andern einen Wahrheitseid zu leisten vermag. — Das Verhältniß der Schwägerschaft streitender Parteien motivirt nicht die Erkennung der Kostencompensation.

In Sachen der Catharina Christina Lüth, verwittwet gewesenen Lüth, jetzt verehelichten Johannsen, zur Langenreihe im adeligen Gute Jersbeck, c. c. m., Beklagten, Deductin, jetzt Appellantin, wider Marx Friedrich Lüth daselbst, Kläger, Deducenten, jetzt Appellaten, hauptsächlich wegen Auslieferung der in der Nachlaßmasse des Johann Hinrich Lüth befindlichen Erbpachtsstelle s. w. d. a., demnächst Beweisführung, jetzt Appellation gegen Erkenntniß des Jersbecker Gutsgerichts vom 8. August v. J.,

ergeben die Acten:

Durch Contract vom 9. Januar 1846 wurde die Erbpachtsstelle des weiland Hinrich Lüth zur Langenreihe, des Vaters des Appellaten, wie des verstorbenen Ehemannes der Appellantin, der Wittwe desselben und ihrem zweiten Ehemanne Richter bis Maitag 1853 in Setzwirthschaft überlassen; nach Ablauf der Zeit sollte der älteste Sohn Johann Hinrich Lüth, der verstorbene Ehemann der Appellantin, die Stelle gegen näher bestimmte Leistungen übernehmen, wenn aber dieser vor Annahme der Stelle mit Tode abginge, nach § 9 des gedachten Contracts der zweite Sohn Marx Friedrich Lüth, der jetzige Appellat, ihm unter gleichen Bedingungen folgen. Der festgesetzte Endtermin der Setzwirthschaft wurde aber nicht abgewartet, vielmehr übernahm der Ehemann der Appellantin die Stelle schon Maitag 1851 für die Annahmesumme von 3600 ℔ v. Cour. in Gemäßheit eines mit den Setzleuten, dem jetzigen Appellaten und dem Vormund einer unmündigen Schwester am 7. Juni s. J. vollzogenen Contracts. Nachdem er die Erbpachtsstelle einige Jahre besessen hatte, verstarb er im April 1853 mit Hinterlassung eines am 12. März s. J. errichteten Testaments, welches die Bestimmung enthielt, daß die fragliche Stelle, wie er sie nach Contract vom 7. Juni 1851 besitze, auf seine Ehefrau übergehen solle.

Gegen die hinterlassene Wittwe seines Bruders, die Appellantin, trat nun der Appellat bei dem Jersbecker Gutsgericht klagend auf, indem er behauptete: es sei zwischen ihm und dem Ehemann der Appellantin die Vereinbarung getroffen worden, daß, ungeachtet der verfrühten Stellannahme von Seiten des Letzteren, dieser die Stelle in der Zeit vor Maitag 1853 nicht in andere Hände bringen, vielmehr, wenn er vor dem 1. Mai 1853 mit Tode abgehen würde, der Appellat der in dem § 9 des Setzcontracts vom 9. Januar 1846 getroffenen Bestimmung gemäß an seiner Statt die Stelle bekommen solle. Indem nun Appellat das hiernach ihm zustehende Recht in Anspruch nehme, ungeachtet der entgegenstehenden testamentarischen Bestimmung seines Bruders, die fragliche Erbpachtsstelle für dieselben Gegenleistungen, für welche sein Bruder im Jahre 1851 anticipirt habe, zu erhalten, beantrage er, daß die Beklagte ref. exp. schuldig erkannt werde, die libellirte Stelle c. pert. binnen Ordnungsfrist an ihn auszuliefern und darin zu consentiren, daß sie ihm für die nach Contract vom 7. Juni 1851 dem verstorbenen Ehemann der Beklagten obgelegene Annahmesumme von 3600 ℔ v. Cour. und Altentheilsverpflichtung gerichtlich zugeschrieben werde.

Nachdem die Appellantin in ihren Exceptionalien die der Klage zum Grunde gelegte Uebereinkunft theils geleugnet, theils als rechtlich irrelevant darzustellen gesucht hatte, legte das Justitiariat des adeligen Gutes Jersbeck durch Erkenntniß vom 18. Octbr. 1853 dem Appellaten den Beweis auf:

> daß zwischen ihm und seinem verstorbenen Bruder, dem weiland Erbpächter Johann Hinrich Lüth zur Langenreihe, die Uebereinkunft getroffen worden sei, daß, ungeachtet dieser die väterliche Stelle zwei Jahre früher angenommen, als in dem Setzcontracte vom 9. Januar 1846 bestimmt worden, dennoch derselbe in diesen vorweggenommenen zwei Jahren die Stelle nicht in andere Hände bringen, vielmehr Kläger, falls der Bruder und Stellannehmer vor dem 1. Mai 1853 mit Tode abgehen würde, dem Setzcontracte gemäß an seiner Statt die Stelle bekommen solle.

Diesen Beweis trat der Appellat, indem er zunächst auf die Voracten, insbesondere auf die seiner Klagschrift angelegten und in dem Verhandlungstermine bereits in beglaubigter Abschrift producirten beiden Contracte vom 9. Januar 1846 und vom 7 Juni 1851 Bezug nahm, diese auch, wenn es verlangt würde, noch einmal vorzulegen sich erbot, durch Denominirung zweier Zeugen:

1) des Altentheilers Hans Detlef Richter zu Langenreihe, und
2) des Erbpächters Hans Möller in Bargfeld,

an, welche, nachdem ein von der Appellantin bei Ueberreichung ihrer Fragstücke gestellter Antrag, daß der Zeuge 1, als Stiefvater des Beweisführers, überall nicht zur Zeugschaft zugelassen werden möchte, von dem Justitiariat, unter Vorbehalt aller Einreden der

Appellantin gegen die Person und die Aussage des Zeugen, verworfen worden war, in ordnungsmäßiger Weise vernommen worden sind. Nach stattgehabtem Deductionsverfahren hat sodann das Justitiariat unterm 8. August v. J. erkannt:

Wird Kläger **in supplementum** eidlich erhärten: daß zwischen ihm und seinem Bruder, dem weiland Erbpächter Johann Hinrich Lüth zur Langenreihe, die Uebereinkunft getroffen sei, daß, ungeachtet dieser die väterliche Stelle zwei Jahre früher angenommen, als in dem Setzcontracte vom 9. Januar 1846 bestimmt worden, dennoch derselbe in diesen vorweggenommenen zwei Jahren die Stelle nicht in andere Hände bringen, vielmehr Kläger, falls der Bruder und Stellannehmer vor dem 1. Mai 1853 mit Tode abgehen würde, dem Setzcontracte gemäß an seiner Statt die Stelle bekommen solle,

so ist Beklagte schuldig, die im Nachlasse ihres verstorbenen Ehemannes befindliche Erbpachtsstelle **cum pert. et inventario** nach Maaßgabe des Contracts vom 9. Januar 1846 binnen 6 Wochen an den Kläger auszuliefern und demselben für die im Ueberlassungscontracte vom 7. Juni 1851 bestimmte Annahmesumme nebst Altentheilsverpflichtung **salva liquidatione** zuschreiben zu lassen, in Entstehung der Eidesleistung dagegen Kläger mit der angestellten Klage abzuweisen, in beiden Fällen unter Vergleichung der Kosten, in so weit nicht bereits darüber in den Voracten erkannt worden.

Gegen dieses Erkenntniß hat die Appellantin, unter Beobachtung der Formalien und Fristen, anhero appellirt und sich darüber beschwert:

1) daß nicht, bei gänzlich mißlungenem Beweise, der versuchte Beweis für verfehlt **ref. exp.** erkannt, **event.**
2) daß nicht, bei der an Unfähigkeit gränzenden Verdächtigkeit des **testis** 1 und bei der völligen Inhaltslosigkeit der Aussagen des **testis** 2, statt des Erfüllungseides der Reinigungseid erkannt ist;
3) daß das eventuell zu gewärtigende Erkenntniß dahin clausulirt worden:
   Beklagte habe die Erbpachtsstelle **cum pert. et inventario** für die im Ueberlassungscontract vom 7. Juni 1851 bestimmte Annehmungssumme nebst Altentheilsverpflichtung dem Kläger zuschreiben zu lassen;

   und endlich
4) daß auch für den Fall der Verweigerung des **suppletorii** Kostencompensation und nicht vielmehr Kostenerstattung erkannt ist.

Nach stattgehabter Appellationsverhandlung steht nunmehr zur Frage, in wie weit die erhobenen Beschwerden für begründet zu erachten sind.

In Erwägung nun, was die erste und zweite Beschwerde betrifft, daß, nachdem das Beweiserkenntniß vom 18. October 1853 die Rechtskraft beschritten, es nicht mehr zur Frage gestellt werden kann, ob dem Appellaten das in dem § 9 des Setzcontracts vom 9. Januar 1846 ihm gewährte Recht, eventuell in die Stelle seines Bruders zu treten, in rechtsgültiger Weise, wie geschehen, stipulirt werden konnte und ob die der Klage zu Grunde gelegte mündliche Uebereinkunft rechtsverbindlich war und noch neben dem ihrer nicht erwähnenden Ueberlassungscontract vom 7. Juni 1851 Berücksichtigung finden durfte, daß es vielmehr lediglich darum sich handelt, in wie weit das in dem erwähnten Interlocut aufgestellte Thema bewiesen worden ist;

in Erwägung sodann, daß der Appellat die den Gegenstand der Beweisführung abgebende Uebereinkunft nur durch Zeugen und nicht daneben auch durch Urkunden zu erweisen gesucht und auf die beiden mehrerwähnten, übrigens auch in dem Termin der ersten Verhandlung in beglaubigter Form von ihm producirten Contracte in seiner Beweisantretung, noch dazu unter dem Erbieten zu ihrer nochmaligen Production, nur zu dem Ende Bezug genommen hat, um an den unter den Parteien gar nicht bestrittenen Inhalt dieser Documente zu erinnern, so daß also die gegen den angeblichen Urkundenbeweis des Appellaten erhobenen Einwendungen seiner Gegnerin als unzutreffend erscheinen;

in fernerer Erwägung, den versuchten Zeugenbeweis betreffend, daß die Aussage des ersten Zeugen, des Altentheilers Richter, das Beweisthema erschöpft, indem von ihm bezeugt worden ist:

als der Bruder des Klägers (jetzt Appellaten) sich habe verheirathen wollen und deshalb die frühere Ablieferung der Stelle gewünscht habe, sei Kläger mit Rücksicht auf die in dem alten Contract, dem Setzcontract von 1846, zu seinen Gunsten getroffene Bestimmung,

Resp. ad art. prob. 8,

damit nicht zufrieden gewesen und habe den Contract nicht unterschreiben wollen,

Resp. ad art. prob. 7 u. interr. spec. 1 ej. art.,

um dem Kläger die Sache eingänglich zu machen, habe der Bruder schon damals mit ihm verabredet, daß ihm ungeachtet des früheren Antritts die Stelle während der zwei Jahre nicht aus den Händen gebracht werden solle,

Resp. ad art. prob. 7, interr. 3,

welches er nicht einmal, sondern wohl siebenmal ihm versprochen habe,

Resp. ad art. prob. 9, interr. 4,

daß vielmehr, wenn er vor der Zeit verstürbe, der Kläger die Stelle haben solle, wie es in dem alten Contract stände;

Resp. ad art. prob. 9,

der Kläger, welcher lange unschlüssig gewesen,

Resp. ad art. prob. 10, interr. 6,

habe dies Versprechen seines Bruders, ohne welches der Zeuge übrigens die Stelle auch gar nicht würde abgegeben haben, angenommen, als er sich mit seinem Bruder, dem Zeugen und den Vormündern auf dem Wege zum Gerichtshalter befunden habe,

Resp. ad art. prob. 9, interr. 5 und ad art. 10, interr. 1;

damals nämlich habe der verstorbene Bruder den Kläger umgefaßt und ihn gebeten, den Contract doch zu unterschreiben, indem er ihm in den zwei Jahren die Stelle nicht veräußern wolle,

Resp. ad art. 9, interr. 9,

worauf Kläger erwidert habe: „Nun Bruder, wenn du mir das versprichst, daß du die Stelle nicht in den zwei Jahren veräußern willst, so will ich mich unterschreiben",

Resp. ad art. 10, interr. 2;

aus welcher Aussage hervorgeht, daß die von dem verstorbenen Bruder des Appellaten dem Letzteren zur Erlangung seiner Einwilligung in die gewünschte anticipirte Uebertragung der Stelle ertheilte Zusage, daß ungeachtet derselben die Stelle in den vorweggenommenen zwei Jahren nicht veräußert werden, vielmehr bei dem Ableben des Bruders während dieser Zeit, wie es in dem alten Contract stände, also unter gleichen Bedingungen, an den Appellaten fallen solle, von diesem, wenn nicht früher; so doch jedenfalls damals acceptirt worden ist, als der Appellat, welcher derzeit sein mündiges Alter erreicht hatte, und sein Bruder sich auf dem Wege zum Gerichtshalter befanden, so daß also eine in bindender Weise getroffene Uebereinkunft von dem in dem Beweisinterlocut angegebenen Inhalt von dem ersten Zeugen bekundet worden ist;

in Erwägung, daß auch der zweite Zeuge, der Erbpächter Möller, deponirt hat:

Kläger habe im August 1852 in Gegenwart des Zeugen seinen derzeit schon kränkelnden Bruder an ein ihm ertheiltes Versprechen, daß er dem Kläger die Stelle bei seinem etwanigen Ableben nicht aus den Händen bringen wolle, vielmehr der Kläger sie haben solle, wie es in dem alten Contract stände, erinnert und eine Schrift über das Versprechen verlangt,

Resp. ad art. prob. 11 und interr. 4,

nachdem er den Zeugen ersucht, mit ihm zu seinem Bruder zu gehen, um zu hören, daß dieser ihm wirklich das Versprechen wegen der Erbpachtsstelle ertheilt hätte,

Resp. ad art. prob. 14;

der verstorbene Bruder des Klägers habe gesagt, er wolle ihm die Stelle auch nicht aus den Händen bringen und sehe am liebsten, wenn sie, seine Frau und der Kläger, nach seinem Tode sich heiratheten,

Resp. ad art. prob. 12, interr. 3 und art. 14, interr. 6,

eine Schrift sei aber in des Zeugen Gegenwart nicht gegeben worden,

Resp. ad art. prob. 12;

aus welcher Aussage des Zeugen zu entnehmen ist, daß der Appellat im Sommer 1852 seinen Bruder, dessen Gesundheitszustand nach der Angabe des Zeugen schon damals zu ernsten Befürchtungen Anlaß gab, an ein früher wegen Nichtveräußerung der Erbpachtsstelle ihm gegebenes Versprechen in Anwesenheit des eigends zum Anhören der beabsichtigten Verhandlung mitgenommenen Zeugen erinnert, daß der Bruder des Appellaten nicht etwa die Existenz des ihm vorgehaltenen Versprechens in Abrede gestellt, sondern erklärt hat, er wolle ihm die Erbpachtsstelle auch nicht aus den Händen bringen, wobei er nur den Wunsch ausgesprochen, daß Appellat demnächst seine Wittwe heirathen möge;

in Erwägung sodann, was die Glaubwürdigkeit der erwähnten Zeugenaussagen betrifft, daß, während der zweite Zeuge als classisch betrachtet werden muß, der Zeuge 1 zwar Stiefvater des Appellaten, deshalb aber kein inhabiler Zeuge ist, indem, abgesehen davon, daß ein auf Verwerfung dieses Zeugen wegen angeblicher Inhabilität gerichteter Antrag der Appellantin von dem **judicium a quo** rechtskräftig verworfen worden ist, ein Stiefvater im Verhältniß zu seinem Stiefsohn nicht als inhabil zur Zeugenschaft angesehen werden kann, da die Nähe des persönlichen Bandes, auf welcher die absolute Unglaubwürdigkeit des älterlichen Zeugnisses beruht, nicht im gleichen Maaße für die nur verschwägerten, nicht blutsverwandten Stiefältern vorhanden ist, auch kein positives Gesetz die Gleichstellung der Stiefältern mit den leiblichen Aeltern in der fraglichen Beziehung verfügt hat, indem die in der

I. 9 D. de testibus,

für den leiblichen Vater gegebene Bestimmung, daß er als Zeuge für seinen Sohn inhabil sei, weder nach dem Wort, noch nach dem Geist des Gesetzes auf den Stiefvater bezogen werden kann und aus der in mehreren Gesetzen enthaltenen Vorschrift, daß eben so wenig, wie leibliche Aeltern zum Zeugniß gegen ihre Kinder, die Stiefältern zum Zeugniß gegen ihre Stiefkinder gezwungen werden sollen,

l. 4 D. de testibus,
l. 10 pr. D. de gradibus,
welche nach
l. 5 D. de testibus
sogar für den Vater der bloß Verlobten gilt, nicht gefolgert werden kann, daß die Stiefältern, wenn sie für ihre Stiefkinder ein Zeugniß ablegen, inhabil sind: so daß also der Stiefvater im Verhältniß zu seinem Stiefsohn nur als ein den Umständen nach mehr oder weniger verdächtiger Zeuge betrachtet werden muß;

in Erwägung, daß die aus dem Affinitätsverhältniß zu dem Appellaten hervorgehende Verdächtigkeit des Zeugen 1, welchem übrigens mit Rücksicht auf sein Verhältniß zu den Parteien und weil er selbst die streitige Erbpachtsstelle vor dem Antritt des appellatischen Bruders als Setzwirth besessen hat, eine genaue Kunde der in Betracht kommenden Verhältnisse beigemessen werden darf, nicht als sehr erheblich erscheinen kann, da er zu dem verstorbenen Ehemann der Appellantin in demselben Affinitätsverhältniß, wie zu dem Appellaten, gestanden hat, auch keine ihn besonders verdächtigende Momente den Acten zu entnehmen sind, indem einerseits über das Verhältniß des allerdings im Hause des Zeugen lebenden Appellaten zu ihm nichts Genaueres constirt und andererseits aus gewissen mit der Appellantin stattgehabten, aber gütlich erledigten Differenzen des Zeugen über Altentheilspräštanden eine von dem Letzteren auch in Abrede gestellte feindselige Gesinnung gegen die Appellantin nicht gefolgert werden kann, wogegen im Allgemeinen die klare, in sich harmonirende Aussage dieses Zeugen zu Gunsten seiner Wahrhaftigkeit und Unparteilichkeit spricht;

in Erwägung, daß, was der Aussage dieses ersten Zeugen an dem Gewicht einer classischen Zeugenaussage fehlt, jedenfalls nicht allein durch die adminiculirende Aussage des vollkommen glaubwürdigen zweiten Zeugen, sondern auch durch die innere Wahrscheinlichkeit des von dem Appellaten behaupteten Hergangs ergänzt wird, indem nicht angenommen werden kann, daß Appellat das in dem § 9 des Contracts vom 9. Januar 1846 ihm stipulirte eventuelle Recht auf die väterliche Erbpachtsstelle bei der anticipirten Uebernahme derselben von Seiten seines allem Anschein nach auch damals schon schwächlichen Bruders ohne Weiteres werde hingegeben haben, so daß also mindestens halber Beweis von dem Appellaten erbracht worden ist;

in Erwägung aber, daß, wenn auch nur halber Beweis erbracht wäre, schon die Rücksicht darauf, daß von dem Appellaten ein Wahrheitseid, von der Appellantin nur ein Glaubenseid geleistet werden kann, für die Erkennung des Erfüllungseides des Appellaten spricht, daher die erste und zweite Beschwerde der Appellantin als unbegründet zu verwerfen ist;

in Erwägung, daß nicht minder die dritte Beschwerde der Appellantin aus formellen und materiellen Gründen als unbegründet erscheint: aus ersteren, weil sie auf Thatsachen, die in der Unterinstanz von der Appellantin gegen den appellatischen Klagantrag gar nicht vorgebracht sind, also auf unzulässige Nova basirt, auch nicht einmal ein bestimmter der Beschwerde entsprechender Antrag gestellt worden ist; aus letzteren, weil mit Rücksicht auf die Bestimmung im § 9 des Contractes von 1846, wonach der Appellat, wenn er die väterliche Stelle bekäme, sie unter gleichen Bedingungen, wie sein älterer Bruder, erhalten sollte, die angefochtene Bestimmung der Annahmesumme als gerechtfertigt erscheint, überdies auch der Appellantin bei dem in der sententia a qua ausgesprochenen Vorbehalt einer Liquidation die demnächstige Geltendmachung etwaniger Gegenansprüche unbenommen bleibt;

in Erwägung aber, daß die vierte Beschwerde der Appellantin für begründet zu erachten ist, da die Verweigerung eines richterlichen Eides nach anerkanntem Grundsatz die Kostenerstattung zur Folge hat, das schwägerschaftliche Verhältniß der Parteien, worauf Appellat sich beruft, mit dem Tode des appellatischen Bruders beendigt worden ist, übrigens auch, wenn es existirte, eine Abweichung von jenem Grundsatze nicht motiviren würde, und

in endlicher Erwägung, daß die hiernach vorzunehmende Modification des Erkenntnisses bei ihrer sehr eventuellen Bedeutung zu einer Vergleichung der Appellationskosten keine Veranlassung geben kann,

wird, auf eingelegte Voracten und eingereichte Recesse, nach stattgehabter mündlicher Verhandlung, von Landgerichtswegen hiedurch für Recht erkannt:

> daß das angefochtene Erkenntniß des Zersbecker Justitiariats vom 8. August v. J. mit der Modification zu bestätigen und ad exequendum zu remittiren:
>
> daß im Fall der Verweigerung des ihm zuerkannten Erfüllungseides der Kläger, jetzt Appellat, schuldig zu erkennen ist, der Beklagten, jetzt Appellantin, die in der Unterinstanz ihr angeursachten Kosten, deren Verzeichnung und Ermäßigung vorbehältlich, binnen Ordnungsfrist zu erstatten,
>
> daß aber die Appellantin schuldig, dem Appellaten die Kosten der Appellationsinstanz, deren Verzeichnung und Ermäßigung vorbehältlich, binnen Ordnungsfrist zu erstatten.

Wie denn solchergestalt hiedurch erkannt wird

V. R. W.

Urkundlich ꝛc. Publicatum im Königl. Holsteinischen Landgerichte zu Glückstadt, den 8. Octbr. 1855.

Die hiergegen von der Appellantin zur Hand genommene Appellation an das Königl. Oberappellationsgericht zu Kiel hatte das nachstehende, in der Hauptsache confirmatorische Erkenntniß zur Folge:

Frederik der Siebente &c.

In Sachen der Catharina Christina Lüth, verwittwet gewesenen Lüth, jetzt verehelichten Johannsen, zur Langenreihe im adeligen Gute Jersbeck, cum cur. mar., Beklagten, Debuetin und Appellantin, wider Marr Friedrich Lüth daselbst, Kläger, Debueenten und Appellaten, hauptsächlich wegen Auslieferung der in der Nachlaßmasse des Johann Hinrich Lüth befindlichen Erbpachtsstelle s. w. d. a., demnächst Beweisführung, dann Appellation gegen das Erkenntniß des Justitiariats des adeligen Guts Jersbeck vom 8. August 1854, jetzt Appellation gegen das Erkenntniß des Landgerichts vom 8. October 1855,

wird, nach verhandelter Sache, unter abschriftlicher Mittheilung der am 8. April d. J. hieselbst eingegangenen Erklärung des Appellaten an die Appellantin zur Nachricht, mit Beziehung auf die dem angefochtenen Erkenntnisse vorangestellten Entscheidungsgründe, jedoch, was den Kostenpunkt betrifft,

in Erwägung, daß die Frage über die Zeugnißfähigkeit der Stiefältern in Sachen ihrer Stiefkinder gemeinrechtlich nicht unbestritten und früher von dem Holsteinischen Obergericht verneinend entschieden ist,*) und daß daher die Appellantin wohl zu der Meinung veranlaßt sein konnte, daß ihre Appellationsbeschwerde in der Hauptsache eine begründete sei,

hiemit für Recht erkannt:

daß das angefochtene Erkenntniß zwar in der Hauptsache zu bestätigen, in Betreff des Kostenpunkts aber dahin abzuändern ist, daß die Kosten der zweiten Instanz zu compensiren sind. Unter Vergleichung der Kosten dieser Instanz.

B. R. W.

Die Kostenrechnung des Anwalts und Actenprocurators der Appellantin wird auf 61 ℛ 14 β R.-M. und die des Anwalts und Actenprocurators des Appellaten auf 32 ℛ 8 β R.-M. bestimmt.

Urkundlich &c. Gegeben im Königl. Oberappellationsgerichte zu Kiel, den 1. November 1856.

---

*) Schleswig-Holsteinische Anzeigen, 1837, S. 322, ebendaselbst, 1845, S. 328.

Die Einleitung des concursmäßigen Verfahrens wider den Willen des Schuldners hat die vorgängige vergeblich gebliebene Execution zur Voraussetzung.

In Sachen des Kaufmannes H. Bäßmann in Nortorf, Imploraten, jetzt Supplicanten und Querulanten, wider die Kaufleute Knauer und Schmidt in Hamburg u. Consorten, Imploranten, jetzt Supplicaten und Querulaten, wegen Concurseröffnung, jetzt Supplication und Nichtigkeitsbeschwerde;

ergeben die Acten:

Der Supplicant bevollmächtigte am 14. Decbr. v. J. den Notar und Stadtverordneten Bargum in Kiel, ein Arrangement mit seinen Gläubigern zu versuchen und abzuschließen, namentlich dabei die einzelnen Forderungen als richtig anzuerkennen oder zu bestreiten, indem er im Voraus Alles genehmigte, was sein Bevollmächtigter für ihn vornehmen werde. Dieser erließ in Folge dessen am 28. f. M. eine gedruckte Bekanntmachung, in welcher er den Gläubigern des Supplicanten einen ein Deficit von 15,679 ℛ 88 β R.-M. herausstellenden status bonorum, nach welchem zur Bezahlung der Buchschulden mit 21,786 ℛ 56 β R.-M. nur 6106 ℛ 64 β R.-M. übrig blieben, mit der Aufforderung vorlegte, gegen eine Baarzahlung von 25 pCt. und Ausstellung eines Schuldscheins auf andere in zwei spätern Terminen zahlbare 25 pCt. für ihre Forderungen zu quittiren, wobei hinzugefügt war, daß, wenn nicht alle Gläubiger auf diesen Accord eingingen, Supplicant sich nicht würde halten können, daß er aber die Zahlung der 25 pCt. an die darauf eingehenden Gläubiger nicht danach aufschieben werde, bis er über sein Schicksal Gewißheit erhalte. Dieser Bekanntmachung war ein Verzeichniß der nicht privilegirten Gläubiger des Supplicanten angehängt, auf welchem die sämmtlichen Supplicaten mit ihren Forderungen von im Ganzen 14,759 ℛ 15 β v. Cour. aufgeführt stehen.

Unter Bezugnahme auf diese Vorgänge und mit dem Bemerken, daß aus dem von dem Mandatar des Supplicanten in dem erlassenen Circulair aufgestellten, von ihm selbst nicht angefochtenen status bonorum seine Insolvenz sich auf das klarste ergebe, indem die darnach zur Bezahlung der Buchschulden übrig bleibenden 6106 ℛ 64 β nicht einmal genügten, die Supplicaten, welche nach den eignen Angaben des Supplicanten in dem seinen Arrangementsvorschlägen angehängten Verzeichniß die Inhaber eines Guthabens von 7339 ℛ 67 β wären, geschweige denn alle übrigen Gläubiger zu befriedigen, trugen die Supplicaten am 7. Mai d. J. bei dem Rendsburger Amthause darauf an,

daß die Güter des Supplicanten der concursmäßigen Behandlung unterzogen und die desfalls erforderlichen Maaßregeln ergriffen werden möchten, eventuell, daß ihm vorerst bei Vermeidung der Concurseröffnung aufgegeben werden möchte, in kurzer, etwa achttägiger Frist genügende Mittel zur Abwendung des Concurses dem Gerichte in Vorschlag zu bringen.

Das Amthaus gab hierauf in Deferirung des eventuellen supplicatorischen Antrags mittelst Decrets vom 11. Mai d. J. dem Supplicanten auf, binnen 8 Tagen ab ins. geeignete Mittel zur Abwendung des Concurses bei der Königl. Kirchspielvogtei zu Nortorf in Vorschlag zu bringen, widrigenfalls unfehlbar Concurs der Gläubiger wider ihn werde erkannt werden.

Gegen dieses Decret wandte Supplicant, unter dem Vorbehalt der Anfechtung desselben vor dem Amthause und mit der Bitte um Sistirung der an die Kirchspielvogtei etwa schon erlassenen Anordnungen, die Supplication event. Nichtigkeitsbeschwerde ein, welches die einstweilige Suspendirung der bereits verfügten Inventur zur Folge hatte, und reichte dann am 22. Mai d. J. eine Vorstellung um Wiederaufhebung des Decrets vom 11./14. f. M. bei dem Amthause ein, worin er die geschehene Einwendung der Supplication und Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Decret zwar für stillschweigend durch die Einreichung seiner causales quare non zurückgenommen erklärte, ausdrücklich aber wider jene beiden Rechtsmittel, soferne die Decretur nicht sofort aufgehoben würde, interponirte und sodann zur Begründung seiner Weigerung, die Concurserklärung über sich ergehen zu lassen, geltend machte, daß

1) den Supplicaten eine Einrede aus der von ihnen vorgenommenen, nach constanter Praxis unzulässigen subjectiven Klagenhäufung entgegenstehe;

2) nach unbestrittener Proceßvorschrift, von welcher das Arrestverfahren in den dazu geeigneten Fällen die einzigste Ausnahme bilde, gegen den Verfolgten nicht mit der Execution zu beginnen sei, die Supplicaten also, wenn sie etwas zu fordern hätten, ihren Anspruch in dem vorschriftsmäßigen Verfahren geltend machen und von Anfang bis zu Ende durchführen müßten;

3) aber auch die vaterländische Verfügung zur Verhütung voreiliger Concurse vom 28. Jan. 1785 und ihre Declaration vom 23. April 1790 resp. voraussetzten und verfügten, daß dem Schuldner die nach den Landesgesetzen ihm zustehenden Zahlungsfristen nicht zu versagen seien und daß der Concurserklärung das Ausklagen der Forderungen vorausgehen müsse. Es sei nun aber Supplicant von keinem seiner Gläubiger bisher gerichtlich in Anspruch genommen, auch von keinem der Supplicanten ausgeklagt, er sei actenkundig im Besitz eines Mobiliars, eines Waarenlagers und eines Grundstücks, also noch für manche Forderungen und für größere pfandbar, als die Supplicaten in unstatthafter Compagnie gegen ihn geltend machen zu können vermeinten. Von allen zur Erkennung des Concurses gesetzlich gebotenen Erfordernissen sei bei seinem Widerspruch demnach kein einziges vorhanden, das erlassene Decret daher wieder aufzuheben. Supplicant suchte dann noch zu zeigen, daß aus dem von seinem Mandatar erlassenen Circulair, da er nur, weil augenblicklich Alles auf ihn eingedrungen sei, seinen Gläubigern einen anständigen Accord habe anbieten lassen, weder seine angebliche Insolvenz, noch die Richtigkeit der supplicatischen Forderungen zu entnehmen sei, daß er vielmehr über 100 pCt. zahlen könne, wenn der Werth seines Waarenlagers zum Einkaufspreise geschätzt und der Avance hinzugerechnet, wenn sein Grundstück und seine Mobilien höher taxirt, wenn in Betracht gezogen würde, daß er die von seinem Mandatar notirten Summen nicht in ihrem ganzen Umfange schulde. Er interponirte schließlich event. nochmals die Supplication wie die Nichtigkeitsbeschwerde.

Diese Vorstellung wurde den Supplicaten durch Decret des Amthauses vom 30. Mai d. J., unter einstweiliger Suspendirung der durch das Decret vom 11. f. M. angedrohten Concurserklärung, zu ihrer binnen 14 Tagen ab ins. einzubringenden Erklärung mitgetheilt, worauf sie eine solche einreichten, in der sie die Unzulänglichkeit der gegnerischen Remonstration darzulegen versuchten und die nunmehrige Erkennung des Concurses, eventuell die Bewilligung einer 24stündigen Frist pro omni zur Nachweisung von Mitteln zur Abwendung des Concurses, beantragten, hinsichtlich der eingewandten Rechtsmittel aber bemerkten, daß es dem Supplicanten natürlich freistehe, sie zu benutzen, ihm aber nur ein beschränkter Suspensiveffect werde zugestanden werden können.

(Der Beschluß folgt.)

Allerhöchst privilegirte
Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen ***Henrici*** *und* ***Lucht.***
Gedruckt bei ***Augustin*** *in Glückstadt.*

49. Stück. Den 8. December 1856.

Entscheidungen.

Die Einleitung des concursmäßigen Verfahrens wider den Willen des Schuldners hat die vorgängige vergeblich gebliebene Execution zur Voraussetzung.

(Beschluß.)

Das Rendsburger Amthaus theilte mittelst Decrets vom 21./22. Juni d. J. diese replicarische Erklärung dem Supplicanten zu seiner eventuell einzubringenden schließlichen Erklärung **cum termino** von 8 Tagen **ab ins.** unter dem Hinzufügen mit, daß für den Fall, daß Supplicant nicht innerhalb der präfigirten Frist die gegen ihn begründete Vermuthung der Insolvenz gegenüber seinen andringenden Gläubigern sollte beseitigen können, die Fortsetzung des durch die Decretur vom 11. Mai d. J. bereits eingeleiteten concursmäßigen Verfahrens vorbehalten bleibe.

Hierauf reichte Supplicant innerhalb der ihm präfigirten Frist eine als „injungirte schließliche Erklärung nebst eventueller Supplicationsanzeige" bezeichnete Vorstellung ein, worin er unter wiederholter Darlegung der gegen die Concurserkennung geltend zu machenden Gründe die Wiederaufhebung der Decreturen vom 11. Mai und 21. Juni d. J. beantragte, gleichzeitig aber die Supplication und Nichtigkeitsbeschwerde gegen die Decretur vom 21. Juni einlegte und eventuell für den Fall, daß das Amthaus seinem Hauptantrage nicht deferiren könne, indem er nunmehr erwarten dürfe, daß entweder auf Eröffnung des Concurses oder Aufhebung der Decrete vom 11. Mai und 21. Juni werde erkannt werden, um Mittheilung der Supplicationsanzeige an die Gegner bat.

Das Amthaus hat hierauf mittelst Decrets vom 30. Juni d. J. die schließliche Erklärung des Supplicanten den Supplicaten mitgetheilt und dem Erstern in Deferirung der von ihm eingelegten Rechtsmittel aufgegeben, unfehlbar binnen 3 Wochen die Einführung derselben zu documentiren.

Supplicant hat nun innerhalb dieser ihm präfigirten Frist eine Supplicationsschrift und Nichtigkeitsbeschwerde eingereicht, worin er beantragt:

> daß, unter Cassirung des späteren Verfahrens und der angefochtenen Decretur vom 21. Juni d. J., die Decretur des Rendsburger Amthauses vom 11. Mai d. J. wieder aufzuheben, unter Verurtheilung der Supplicaten und Querulaten zur Erstattung der **in inferiori** erwachsenen Kosten, und des **judicium a quo** zum Ersatz der Kosten dieser Instanz, event. daß die Decretur vom 21. Juni d. J. wieder aufgehoben, event. als nichtig cassirt und hinsichtlich der Kosten, wie gebeten, erkannt werden möge.

Nach eingezogener Erklärung des Gegentheils und erstattetem Bericht des Rendsburger Amthauses steht zur Frage, ob die gestellten Anträge für begründet zu erachten sind?

In Erwägung nun, daß die vom Supplicanten zur Hand genommene Supplication als verfrüht erscheinen muß, da auf den in Folge der von dem Supplicanten unterm 22. Mai d. J. eingereichten **causales quare non** eingeleiteten und mit der geschehenen Einreichung seiner injungirten schließlichen Erklärung geschlossenen Schriftwechsel von dem Amthaus, wie dies allerdings hätte geschehen sollen, noch kein Erkenntniß abgegeben worden ist, daher zur Zeit nur noch einfache und proceßleitende Decrete, gegen welche nach bekanntem Proceßgrundsatz nicht supplicirt wer-

den kann, vorliegen, indem namentlich auch der dem proceßleitenden Decrete vom 21. Juni d. J. hinzugefügte Vorbehalt, wenn derselbe auch richtiger unterblieben wäre, doch als bloßer Vorbehalt künftiger Maaßregeln dem Supplicanten zu einer Beschwerde keine Veranlassung zu geben vermag;

in Erwägung sodann, die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde betreffend, daß, abgesehen davon, daß über die vom Supplicanten vorgebrachte Einrede der unstatthaften subjectiven Klagenhäufung vom Amthause noch nicht definitiv erkannt ist, von einer Klagenhäufung offenbar nicht die Rede sein kann, da von den Supplicaten keine Klagen angestellt worden sind, daß ferner, so wenig nach gemeinem Proceßrecht die Gläubiger eines insolventen Schuldners darauf hingewiesen sind, bevor sie die Erkennung des Concurses beantragen, noch erst den unnützen Weg der gewöhnlichen Klage zu versuchen, eben so wenig die vom Supplicanten angeführten vaterländischen Verordnungen ein solches unzweckmäßiges Verfahren haben anordnen wollen, vielmehr ihre Absicht nur darauf gerichtet gewesen ist, zu verhüten, daß nicht voreiliger Weise bei vorhandener Solvenz und während noch Special-Executionsmittel voraussichtlich zum Ziele führen, zur Concurseröffnung geschritten werde;

in Erwägung, daß daher im vorliegenden Falle, wo übrigens zur Zeit noch gar nicht Concurs erkannt, sondern nur das dem Concurse vorangehende präparatorische Verfahren eingeleitet worden ist, um so weniger eine Nichtigkeit statuirt werden kann, als es vielmehr der Sachlage vollkommen entsprach, daß das Rendsburger Amthaus, nachdem durch die im Auftrage des Supplicanten beschaffte Proclamirung seiner Insolvenz doch wenigstens wahrscheinlich gemacht war, daß er in der That insolvent sei und nicht etwa nur seine Gläubiger über den Stand seines Vermögens zu täuschen beabsichtige, die in dem Decret vom 11. Mai d. J. enthaltene Verfügung getroffen hat;

wird, in Erwägung vorstehender Gründe, bei abschriftlicher Mittheilung der Gegenerklärung, dem Supplicanten und Querulanten hiedurch

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt, derselbe auch schuldig erkannt, den Supplicaten und Querulaten die angesetztermaaßen mit 38 ℛ 35 ß passirenden Kosten der Gegenerklärung binnen 4 Wochen ab ins. zu erstatten.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 16. Novbr 1855.

Der von dem Supplicanten gegen diese Entscheidung ergriffene Recurs an das Königl. Holstein-Lauenburgische Oberappellationsgericht hatte den nachstehenden reformatorischen Bescheid zur Folge:

Namens Sr. Königl. Majestät.

Auf die unterm 28. Decbr. v. J. hieselbst eingereichte Vorstellung und Bitte des Kaufmanns H. Baßmann in Nortorf, Imploraten, dann Supplicanten und Querulanten, jetzt wieder Supplicanten und Querulanten, wider die Kaufleute Knauer & Schmidt in Hamburg, Joh. Aug. Spangenberg in Altona, J. Münster & Co., Paul & Steinberg, Bancks & Rohde, Simon Mai & Co., Gebrüder Wohler, August Jebens & Boysen, L. G. Petersen, C. Pagenhard, Bieler & Co., M. Schliemann, E. H. Oldendorff, Ludw. Kramer, J. P. Lange Söhne, Elias jun., R. D. Warburg & Co., H. Alexander, sämmtlich in Hamburg, Bramson Nachfolger, J. G. Dibbern, H. Kuskop (A. Meder Nachfolger), N. F. Radeleff, sämmtlich in Altona, Imploranten, dann Supplicaten und Querulaten, jetzt wieder Supplicaten und Querulaten, hauptsächlich in Betreff Concurseröffnung, jetzt Recurs wider den Bescheid des Obergerichts vom 16. Novbr. 1855,

wird, nachdem die Erklärung der Imploranten mit dem Berichte des Obergerichts unterm 21. Mai d. J. hieselbst eingegangen ist,

in Erwägung, daß Implorat gegen das Decret des Rendsburger Amthauses vom 11. Mai 1855, wodurch ihm aufgegeben war, binnen 8 Tagen genügende Mittel zur Abwendung des Concurses in Vorschlag zu bringen, nur für den Fall, daß *auf den Grund* der von ihm eingereichten Weigerungsgründe das Decret vom 11. Mai 1855 nicht wieder aufgehoben würde, das Rechtsmittel der Supplication und Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt hatte, daß mithin in dem Bescheide des Amthauses vom 30. Juni 1855, wodurch dem eingewandten Rechtsmittel deferirt ward, ein das Decret vom 11. Mai 1855 bestätigendes Erkenntniß enthalten ist;

in Erwägung, daß die Frage, ob Concurs zu erkennen ist, zunächst nicht die Rechte der Parteien, sondern die Procedur Behuf der Sicherstellung und Realisirung von Parteirechten betrifft, daß demnach die Entscheidung dieser Frage der Proceßleitung angehört und das Erkenntniß, wodurch dem Schuldner aufgegeben wird, Mittel zur Abwendung des Concurses nachzuweisen, so wenig als das Concurserkenntniß selbst die Rechtskraft beschreitet, mithin solche Erkenntnisse lediglich mittelst der einfachen Beschwerde anzufechten sind;

in Erwägung, daß die Bestimmungen im § 62 der Gerichtsordnung für das Oberappellationsgericht, daß der Recurs an das Oberappellationsgericht von einer in der Berufungsinstanz abgegebenen Entscheidung des Obergerichts ausgeschlossen ist, wenn in der Unter-

instanz ein summarisches Verfahren stattgefunden hat, und von der Entscheidung des Untergerichts an das Obergericht supplicirt ist, hier keine Anwendung leiden kann, weil das Rechtsmittel, mit welchem die Entscheidung des Amthauses in der vorigen Instanz angefochten worden, nicht die Supplication, sondern die einfache Beschwerde gewesen ist, indem die bloße unrichtige Benennung des Rechtsmittels als irrelevant erscheint, daß der Recurs von der Entscheidung des Obergerichts vielmehr als fortgesetzte Beschwerde statthaft ist;

in Erwägung, die Sache selbst betreffend, daß aus den Worten der allgemeinen Verfügung zur Verhütung voreiliger Concurse vom 28. Jan. 1785,

> Wie überhaupt in Erkennung eines Concurses alle Behutsamkeit anzuwenden ist und dem Schuldner diejenigen Zahlungsfristen, welche ihm die Landesgesetze zugestehen, nicht zu versagen sind, so soll auch insbesondere in den Fällen, wo weder mehrere Creditoren auf ihre Befriedigung gerichtlich dringen, noch der Debitor selbst sich für insolvent erklärt, kein Concurs verfügt werden, so lange noch dem Gläubiger durch eine in den Mobilien des Schuldners vorzunehmende Wardirung oder ein sonstiges rechtliches Executionsmittel der eingeklagten Forderung wegen zu seiner Befriedigung zu verhelfen ist,

hervorgeht, daß über das Vermögen eines Schuldners wider dessen Willen nur dann Concurs erkannt werden kann, wenn auf das Anhalten wenigstens eines Gläubigers bereits zu Executionsmaaßregeln geschritten worden ist, wie denn auch in der Declaration vom 23. April 1790 davon ausgegangen wird, daß Concurs nicht eher erkannt werden darf, als die Execution verhängt ist, und daß diese Verfügungen in der vaterländischen, auch von Hennings, Das Concursverfahren in Holstein, § 1, und von Scholtz, Ueber Concursrecht und Concursverfahren im Herzogthum Schleswig, § 2, bezeugten Praxis stets in dem angegebenen Sinne verstanden sind; daß aber gegen den Imploraten überall noch nicht die Execution verfügt ist, folglich ein concursmäßiges Verfahren zur Zeit noch nicht statthaft ist;

unter Aufhebung des obergerichtlichen Erkenntnisses vom 16. Novbr. v. J., der Bescheid ertheilt:

> daß die Imploranten mit ihrem Antrage, die Güter des Imploraten der concursmäßigen Behandlung zu unterziehen, eventuell dem Imploraten aufzugeben, Mittel zur Abwendung des Concurses in Vorschlag zu bringen, abzuweisen, auch schuldig seien, dem Imploraten die in der ersten Instanz erwachsenen Kosten zu erstatten. Unter Vergleichung der Kosten dieser und der vorigen Instanz.

Die Kosten werden bestimmt für den Anwalt des Imploraten auf 50 ℛ𝓈, für dessen Procurator auf 5 ℛ𝓈 und für den Anwalt der Imploranten auf 55 ℛ𝓈.

Urkundlich 2c. Gegeben im Königl. Oberappellationsgerichte zu Kiel, den 1. Septbr. 1856.

Verfügungen, welche Gemeinebeamte in ihrer Eigenschaft als solche erlassen haben, können nicht einer gerichtlichen Klage wegen gestörten Besitzes zur Grundlage dienen.

In Supplicationssachen des Eingesessenen Johann Karstens in Nordhastedt, Imploranten, jetzt Supplicanten, wider den Bauerschaftsgevollmächtigten Peter Kühl und die Wegegeschworenen Andreas Vanderob und Claus Johann Bruhn in Nordhastedt, als anmaaßliche Vertreter der Dorfschaft Nordhastedt, wegen bedrohter Besitzstörung s. w. d. a.,

ergeben die Acten:

Der jetzige Supplicant hat bei der Süderdithmarscher Landvogtei wider die Supplicaten klagend vorgebracht:

Das Haus des Supplicanten sei zu Norden der durch Nordhastedt führenden Itzehoe-Heider Landstraße belegen, dergestalt, daß zwischen dem Hause und der Straße ein freier Platz liege, den er seit Menschengedenken besessen und benutzt, wie er denn bisher sein unbestrittenes Eigenthum sei. Namentlich habe er noch bis zum Frühjahr 1855 fast bis hart an den Weg einen Düngerhaufen liegen gehabt. In dieser Zeit habe Implorant sich mit seinem Nachbarn, der sich in gleicher Lage befunden, dahin vereinigt, längs des Weges auf ihren Grundstücken Bäume zu pflanzen, und hätten dies auch in der angemessenen Entfernung von 8 Fuß von der Landstraße gethan. Diese Baumpflanzung habe jedoch ihre Neider gefunden, die es zu bewirken gewußt, daß die Dorfschaft sich dieser Sache angenommen. Am 10. Decbr. 1855 sei es in der Versammlung des Bauerschaftsausschusses zur Frage gekommen, ob ihnen das Niederhauen der Bäume anbefohlen werden solle oder nicht, jedoch sei weder darüber abgestimmt, noch ein Protocoll aufgenommen worden. Als vielmehr einzelne Mitglieder sich dagegen erklärt, habe der Implorat Kühl, unter Zustimmung der beiden Mitimploraten, erklärt, daß ihnen demnach nichts übrig bleibe, als sich auf den

§ 69 der Bauerschaftsbeliebung zu berufen und Imploranten demnach in eine Brüche von 4 ℛ R.-M. zu verurtheilen, und werde ihm zugleich anbefohlen, die fraglichen Bäume innerhalb 8 Tage wegzuschaffen, widrigenfalls sie es zu gewärtigen hätten, daß dies auf ihre Kosten geschehen werde.

Selbst wenn der Implorant nun wider die Bestimmungen des gedachten Paragraphen gefehlt, was nicht der Fall sei, da er die Bäume nicht auf einem Wege oder Bauerschaftsplatze gepflanzt, so würde das eingeschlagene Verfahren doch nichtig sein, da nach der Bauerschaftsbeliebung der Ausschuß zuvor zwei Committirte hätte wählen müssen, die mit dem Bauerschaftsgevollmächtigten darüber hätten beschließen müssen, wie der frühere Zustand wieder herzustellen sei, was aber nicht geschehen sei, ohne jene Committirten dürften die Imploraten daher überall nichts vornehmen.

Implorant hat einen Schein des Mitimploraten Kühl eingeliefert, wornach von dem Ausschuß am 16. December 1855 beschlossen worden, daß der Implorant nach § 69 der Bauerschaftsbeliebung in 4 ℛ R.-M. verfallen und überdies die Bäume innerhalb 8 Tage wegzuschaffen habe. Da nun die von dem § 69 vorgeschriebene Frist, nach welcher es den Imploraten in Gemeinschaft mit den beiden Ausschußmitgliedern gestattet sein solle, die Bäume mittelst Verdings wegzunehmen, bereits am folgenden Tage ablaufe, so ist zuvörderst um einen Befehl, dieses Verfahren bis zu entschiedener Sache zu sistiren, gebeten.

Sodann ist bemerkt, daß die Klage wegen der angedrohten Besitzstörung wider die Imploraten als Privatpersonen gehe, da sie nicht Vertreter der Bauerschaft seien, weil sie die Committirten nicht zugezogen; es sind darauf zwei Zeugen denominirt und der Schiedseid über die Klagfacta **in eventum** deferirt worden und lautet die Schlußbitte dahin, dem Imploraten bei einer Brüche von 50 ℛ R.-M. aufzugeben, die fraglichen Bäume stehen zu lassen, vorläufig aber den Imploraten aufzugeben, in dem anzusetzenden Termine persönlich zu erscheinen, auch ihre Exceptionsschrift 24 Stunden vorher dem Imploranten zuzustellen und darin ihre etwanigen Gegenbeweismittel zu nennen, sowie sich über die deferirten Eide zu erklären.

Die Süderdithmarscher Landvogtei hat darauf unterm 22. December 1855 Termin „in dieser Spoliensache" angesetzt und bis zur ausgemachten Sache alle ferneren Schritte verboten.

In dem Termin sind beide Parteien mit Ausnahme des Mitimploraten Kühl erschienen und haben die Imploraten **excipiendo** vorgebracht, daß es gar nicht wahr sei, daß dem Imploranten überall bisher ein Befehl beigelegt worden und derselbe in eine Brüche verurtheilt sei. Es sei nur in der Ausschußversammlung geäußert worden, daß er in eine Brüche verfallen sei und die Bäume wegzuschaffen habe. Der Mitimpetrat Kühl als Bauerschaftsgevollmächtigter sei nunmehr damit umgegangen, zwei Ausschußmitglieder wählen zu lassen, um in Gemeinschaft mit ihnen das Nöthige zu verfügen. Ehe er aber noch so weit gekommen, sei die Spolienklage ihm mitgetheilt worden. Keiner der Imploraten habe den Imploranten einen Befehl beigelegt oder einen solchen Befehl gutgeheißen. Gesetzt aber auch, ein solcher Befehl wäre erlassen, so sei auch dann eine Spolienklage nicht begründet, weil die Imploraten, wenn sie auch einen in der Form verkehrten Befehl erlassen, doch dadurch kein Spolium begangen hätten, wie denn die Spolienklage überall nur gegen Denjenigen angestellt werden könne, der im Besitz sei, wovon hier gar nicht die Rede sei.

Die Landvogtei hat darauf unterm 18. Januar d. J. erkannt: *)

> daß der Implorant mit seiner Klage angebrachtermaaßen abzuweisen und in die zu 25 ℛ 6 β bestimmten Kosten zu verurtheilen.

Gegen dieses Erkenntniß hat der Implorant das Rechtsmittel der Supplication eingelegt, **rite** prosequirt und dahin gravaminirt, daß nicht auf die geführte Bescheinigung dem Klagantrage gemäß erkannt worden, event. daß nicht nach Lage der Sache eine weitere Bescheinigung aufgenommen sei; und steht demnach nunmehr, nach eingezogener Gegenerklärung, zur Frage, ob und in wie fern diese Beschwerden begründet sind.

---

*) Entscheidungsgründe:

In Erwägung, daß die Kläger zur Begründung ihrer Spolienklage angeführt haben, daß von den Beklagten ihnen aufgegeben worden sei, die auf den vor ihren Häusern belegenen Plätzen von ihnen gepflanzten Bäume wegzunehmen, widrigenfalls sie auf ihre Kosten weggenommen werden sollten;

in fernerer Erwägung, daß zur Begründung der Spolienklage aber eine widerrechtliche Aufhebung des Besitzes oder der Detention gehört, da die actio spolii nach bekannten Rechtsgrundsätzen nichts weiter, als das durch das Canonische Recht erweiterte und auf die Detention ausgedehnte interdictum recuperandæ possessionis unde vi ist;

in Erwägung endlich, daß eine solche widerrechtliche Aufhebung des Besitzes aber weder in der Klage, noch im Verhandlungstermin klägerischerseits behauptet ist.

In Erwägung nun, daß es offenbar die Absicht des Supplicanten gewesen, eine Spolienklage anzustellen, es im vorliegenden Fall jedoch gar nicht zur Frage kommt, ob in der Abgabe eines Befehls, wie solche von dem Supplicanten behauptet, von den Supplicaten aber in Abrede gestellt ist, eine Besitzstörung enthalten sei oder nicht, da die Supplicaten nicht als Privatpersonen, sondern in ihrer Eigenschaft als Gemeindebeamte handelnd aufgetreten sind, und selbst, wenn sie Verfügungen erlassen hätten, welche nicht zu rechtfertigen ständen, gegen diese der Weg der Beschwerde an die vorgesetzte Behörde einzuschlagen gewesen wäre, indem dieselben unter keinen Umständen einer gerichtlichen Klage wegen gestörten oder bedrohten Besitzes zur Grundlage dienen können,

wird auf die sub praesent. den 29. Januar d. J. hieselbst eingegangene Supplicationsschrift, nach darüber eingezogener Erklärung des Gegentheils, hiemittelst von Obergerichtswegen

ein abschläglicher Bescheid

ertheilt, Supplicant auch schuldig erkannt, die zu 24 ß R.-M. bestimmten Kosten der Gegenerklärung binnen 4 Wochen zu erstatten.

Urkundlich rc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 30. August 1856.

Im possessorium summariissimum ist die Berufung des Beklagten auf ein von dem Kläger erlittenes früheres Spolium nicht zu berücksichtigen.

In Sachen des Altonaer Schlachtviehcommissionairs Cl. Bolten, Impetraten und Supplicanten, wider die Schlachtviehcommissionaire Thumann und Edding daselbst, Impetranten und Supplicaten, hauptsächlich wegen Besitzstörung;

ergeben die Acten:

Am 4. Juni d. J. ließ die Firma Thumann und Edding in Altona durch den Advocaten Carstens dem Pinneberger Landgerichte anzeigen, daß der Ochsencommissionair Cl. Bolten in der verflossenen Nacht 40 Stück Ochsen, ein Pferd und zwei Schaafe aus der dem Andr. Behrmann zu Eidelstedt gehörenden Weide, genannt Moorwisch, welche laut producirten Pachtcontracts vom 23. Juli v. J. dem Associé Michael Thumann bis zum 31. December 1864 verpachtet sei, heimlich weggenommen, in seinen Ställen untergebracht habe und Schüttungskosten mit 1344 ß R.-M. in Anspruch nehme, sowie daß von Bolten zugleich das vor der Weide vorgefundene Schloß ab und zu sich genommen worden sei. Impetrant, indem er sich vorbehielt, wegen dieses liquiden Spolii ordnungsmäßige Ladung auszubringen, bat vorläufig um Schutz gegen weitere Turbationen und demnach um ein per subsidiales an den Impetraten zu erlassendes Inhibitorium des Inhalts, sich bei Strafe jeder fernern Besitzanmaaßung über die Behrmannsche Weide zu enthalten. Dieser Bitte ward sofort deferirt und ist dem Impetranten aufgegeben worden, Behufs Justification des demnächst auf desfallsige Requisition noch am nämlichen Tage vom Altonaer Oberpräsidium abgegebenen Inhibitoriums innerhalb 8 Tagen Klage und Ladung auszubringen. Nachdem der Impetrat durch Oberpräsidialbefehl inzwischen auch zur Wiederauslieferung des geschütteten Viehs angehalten worden, reichte Michael Thumann, Associé des Commissionsgeschäfts Thumann und Edding, sein Ladungsgesuch in pcto. widerrechtlicher Besitzstörung rechtzeitig ein. Unter Anschließung des zwischen dem Kläger und Behrmann unterm 23. Juli v. J. abgeschlossenen Pachtcontracts über die fragliche Wiese ward im Wesentlichen bemerkt: Kläger habe in Gemäßheit dieses Pachtcontracts am 5. Mai d. J. sein Vieh in die Weide gejagt und die beiden Eingänge mittelst sicherer Schlösser verschlossen, sowie dem Beklagten am nämlichen Tage von der Besitznahme der Weide Anzeige gemacht. Von der Zeit an sei Kläger ununterbrochen im ruhigen und ungestörten Besitze der Weide bis zum 4. Juni d. J. gewesen und habe in den letzten Tagen 40 Stück Ochsen und 2 Schaafe zur Gräsung gehabt. Am 4. Juni frühmorgens habe Beklagter ihm schriftlich angezeigt, daß er des Klägers Vieh von der Weide weggenommen, davon der Ortsbehörde Anzeige gemacht und das vorgefundene Schloß habe abnehmen lassen, welche Anzeige Kläger durch die demnächst vorgenommene Localbesichtigung bestätigt gefunden habe. In Beziehung auf die eigenmächtige Wegführung des Viehs habe Kläger demnach ein Spolium, in Beziehung auf die Weide aber eine Besitzstörung begangen, und habe Kläger ohne Unterbrechung nach wie vor die beiden Arbeitsleute Heins und Leider, welche unausgesetzt in der Weide an Reinigung der Gräben gearbeitet hatten, den ganzen Tag des 4. Juni diese arbeiten lassen. Gestützt auf diese Aufführungen, richtet Kläger unter Denominirung von Zeugen seinen Antrag dahin, daß das Inhibitorium vom 4. Juni für justificirt und Beklagter zur Kostenerstattung schuldig erkannt werde, unter Vorbehalt der aus der Besitzstörung erwachsenen sonstigen Schadensansprüche.

Excipiendo suchte Beklagter durch Producirung von Documenten darzuthun, daß er im Jahre 1843 von Behrmann die fragliche Wiese auf 20 Jahre gemiethet habe, später aber ein gewisser Andresen Miether und Beklagter Aftermiether geworden sei, diese seine Eigenschaft auch, nachdem in Andresens Stelle Kläger Miether geworden, in dem zwischen Letzterem und Beklagten unterm 1. Mai 1852 errichteten Societätscontract durch die Bestimmung Anerkennung gefunden habe, daß die fragliche Wiese dem Beklagten mindestens bis 1855 in Afterpacht gelassen werden solle. Beklagter legte ferner einen Interimscontract vom 20. August 1855 ein, Inhalts dessen die bisher bestandene Societät seit dem 1. August aufgehoben sei und eine neue Thumann und Edding errichtete nun bis zum 31. October f. J. dauern solle, und mit dem Bemerken, daß er in Gemäßheit des § 4 dieses Interimscontracts die Weide der Societät zur Disposition gestellt habe, behauptete er, daß selbige ihm nach dem Aufhören der Societät wieder überlassen worden, sowie daß er die Miethe noch für das laufende halbe Jahr **praenumerando** bezahlt habe. Beklagter räumte hierauf ein, daß Kläger in den ersten Tagen des Maimonats sein Vieh auf die fragliche Weide getrieben und ihm davon brieflich Anzeige gemacht habe, sowie daß dessen Vieh daselbst verblieben sei, bis es von dem Beklagten auf die in der Klage beschriebene Weise am 4. Juni hinausgetrieben worden. Gleichfalls gab er zu, daß Kläger Arbeitsleute an den Gräben während der angegebenen Zeit habe arbeiten lassen. Er bemerkte indeß dabei, daß von einem Besitzverhältniß hier überhaupt nicht die Rede sei, sondern von einer unrechtmäßigen Entsetzung aus der Ausübung einer Befugniß, in welcher letztern Beklagter sich ganz offenbar und unzweifelhaft dem Kläger gegenüber befunden. Jedenfalls opponirte er der Klage die **exceptio spolii**, gestützt auf die Behauptung, daß Kläger und Münster frühmorgens am 7. Mai in Begleitung mehrerer Knechte drei auf der Weide befindliche Kühe des Beklagten mit sich genommen, und producirte zur Begründung dieser Einrede den ihn hiervon in Kenntniß setzenden klägerischen Brief, denominirte ferner Zeugen und richtete schließlich seinen Antrag auf Wiederaufhebung des Inhibitorii vom 4. Juli unter Vorbehalt seiner Entschädigungsansprüche und Verurtheilung des Klägers zur Erstattung der Proceßkosten.

Als Resultat der Zeugenvernehmung ist außer den vom Beklagten eingeräumten Thatsachen durch den Zeugen Ehlers bestätigt worden, daß Kläger des Beklagten 3 Kühe in den ersten Tagen des Maimonats von der Wiese getrieben. Auch ist nach der Aussage des Zeugen Lüdemann derselbe vom Kläger in den ersten Tagen des Mai aufgefordert worden, die Ochsen, welche auf der qu. unter seiner Vogtei liegenden Weide gegrast und angeblich dem Beklagten gehörten, herauszutreiben; und hat nach verhandelter Sache das Pinneberger Landgericht am 21. Juni d. J. erkannt: *)

> daß das unterm 4. Juni 1856 abgegebene Inhibitorium für justificirt zu erachten, Kläger in dem jüngsten Besitze der qu. Moorwisch zu schützen und Beklagter sich jeglicher eigenmächtiger Besitzstörung bei Vermeidung arbitrairer Ahndung zu enthalten, auch schuldig, dem Kläger die Kosten des Processes, **s. d. et m.**, insoweit nicht darüber erkannt worden, und mit Ausnahme der Kosten für das Klaglibell innerhalb 4 Wochen zu erstatten, wobei sowohl dem Kläger als den Beklagten ihre beikommenden Orts im Wege Rechtens näher an- und auszuführenden Rechte ausdrücklich vorbehalten bleiben.

Gegen diesen Bescheid hat Beklagter supplicirt und seine Beschwerden darin gesetzt:

1) daß das Inhibitorium für justificirt und Kläger

---

*) Entscheidungsgründe:

In Erwägung nun, daß Kläger dargethan, von dem früheren Vogte Andreas Behrmann in Eidelstedt laut producirten Contracts vom 23. Juli 1855 eine ihm gehörige Moorwisch daselbst bis 31. December 1861 gepachtet zu haben;

daß Kläger in den ersten Tagen des Maimonats d. J. sein Vieh auf die gemiethete *Weide getrieben* und dem Beklagten am selbigen Tage von dieser Besitzergreifung Mittheilung gemacht, wie denn auch Beklagter excipiendo einräumt, diese Mittheilung erhalten zu haben;

in fernerer Erwägung, daß das Vieh des Klägers von Anfang Mai bis zum 4. Juni d. J. ruhig und ungestört auf der Weide gegangen und Kläger in den letzten 3 Wochen bis heute durch seine Leute Grabenarbeiten auf der Moorwisch hat verrichten lassen, ohne hierin vom Beklagten gestört oder gehindert worden zu sein;

daß Beklagter von Anfang Maimonat bis 4. Juni d. J. überall keine Handlung vorgenommen oder hat vornehmen lassen, aus denen gefolgert werden könnte, daß er den Besitzstand von Seiten des Klägers nicht anerkenne;

daß solchemnach die am 4. Juni von Seiten des Beklagten vorgenommene Erbrechung des Schlosses vor dem einen Zugange zur Weide und die Wegführung des dem Kläger gehörigen Viehs und Schüttung desselben als eine widerrechtliche Gewaltthätigkeit von Seiten des Beklagten erscheint;

daß die von dem Beklagten opponirte exceptio spolii und der versuchte Nachweis, daß er sich bis zum Anfang des Maimonats im factischen Besitze und noch zur Zeit im rechtlichen Besitze befinde, hier überall nicht weiter in Betracht kommen kann, da es sich nur um den jüngsten Besitz handelt.

für zu schützenden jüngsten Besitzer erklärt und nicht vielmehr Beklagter wieder in den Besitz der Weide gesetzt;

2) daß Beklagter und nicht vielmehr Kläger zur Erstattung der Proceßkosten schuldig erkannt; event.

3) daß gerichtsseitig eine vollständigere Instruction des Processes, namentlich in Betreff der supplicantischen Beweismittel, nicht vorgenommen worden.

Es steht demnach zur Frage: ob die Einleitung des possessorium summariissimum nach der Verordnung vom 13. Januar 1797 als gerechtfertigt erscheint und ob event. in diesem Verfahren die exceptio spolii zu berücksichtigen ist?

In Erwägung nun, daß die Supplicaten das Inhibitorium, um dessen Rechtsbeständigkeit es sich handelt, zur Aufrechthaltung ihres von dem Supplicanten angeblich gestörten Besitzes der s. g. Moorwisch erwirkt haben, in dem § 5 der Verordnung vom 13. Januar 1797 es auch Jedem freigestellt wird, sich in den im § 1 der gedachten Verordnung benannten Fällen, zu denen Streitigkeiten über Störungen in der Possession und über den jüngsten Besitz gehören, um ein Mandat oder Inhibitorium zu melden, und das in Gemäßheit dieser Bestimmung erwirkte Inhibitorium, da Supplicaten eingeräumtermaaßen nicht nur vom 7. Mai bis zum 4. Juni die fragliche Wiese mit ihrem Vieh beweidet haben, sondern auch nach der von Seiten des Supplicanten am 4. Juni begangenen Störung dieses Besitzes im Genusse der Weide geblieben und mithin zur Zeit der von dem Supplicanten geübten Eigenmacht im jüngsten Besitz der Weide gewesen sind, als justificirt sich darstellt;

in Erwägung, daß Supplicant zwar demungeachtet zur Elidirung des solchergestalt justificirten Anspruchs nun verlangt hat, in dem zur Aufrechthaltung des supplicatischen Besitzes eingeleiteten Verfahren mit der unter Hinweisung auf ein von ihm erlittenes früheres Spolium vorgeschützten Spolieneinrede Gehör zu finden, diese Einrede aber schon aus dem Grunde sich zur Berücksichtigung nicht eignet, weil die Zulässigkeit solcher Einreden, welche die Rechtmäßigkeit des Besitzes zum Gegenstande haben, in einem provisionellen Verfahren, dessen Aufgabe sich darauf zu beschränken hat, zur Vermeidung von Gewalthätigkeiten lediglich den vorläufigen Besitzstand festzustellen, nicht nur dem Zwecke dieses Verfahrens, sondern auch den im § 4 und 10 der Verordnung vom 13. Januar 1797 enthaltenen Bestimmungen widerspricht, wornach in possessorio summariissimo lediglich die Thatsache des Besitzes und der erfolgten Störung untersucht werden soll,*) und mithin, da bei der Verwerflichkeit der vorgeschützten Einrede so wenig zu einer Kostencompensation, als zu einer weitern Instruction des Processes irgend welche Veranlassung vorgelegen, die Supplicationsbeschwerden sämmtlich der Begründung entbehren;

wird auf die vorrubricirte, sub præs. den 3. Juli d. J. hieselbst eingegangene Supplicationsschrift, nach eingezogener Gegenerklärung und erstattetem Bericht des Landgerichts, sub præs. den 25. Juli d. J., dem Supplicanten von Obergerichtswegen hiedurch

ein abschläglicher Bescheid

ertheilt, derselbe auch schuldig erkannt, den Supplicaten die zu 30 ß R.-M. bestimmten Kosten der Gegenerklärung binnen 4 Wochen ab ins. zu erstatten.

Urkundlich rc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 25. August 1856.

In Injuriensachen sind Advocaten auch nicht als Geschlechtscuratoren zuzulassen.

In der nachstehend rubricirten, vor dem Amtsgerichte zu Trittau verhandelten Injuriensache war der Advocat Baur daselbst als Curator der Klägerin aufgetreten. Der Beklagte protestirte gegen seine Zulassung mit dem Bemerken, daß, wenn derselbe sich als Curator der Klägerin darstelle, darin nur eine Umgehung des Gesetzes liege, zumal die Klägerin verehelicht und ihr Ehemann demnach auch ihr natürlicher Curator sei.

Das Amtsgericht gab hierauf unterm 29. Juni d. J.,

in Erwägung, daß nach den Bestimmungen der Verordnung vom 11. Mai 1798 in Injuriensachen Advocaten nicht zuzulassen sind, in dem Auftreten eines Advocaten in der Eigenschaft eines Geschlechtscurators einer Partei aber, sofern derselbe nicht aus besonderen Gründen als der natürliche Beistand des Frauenzimmers zu betrachten, eine Umgehung des Gesetzes erblickt werden muß,

*) vgl. Falck, Handbuch des Schl.-Holst. Privatrechts, Bd. 4, S. 53.

zum Bescheide, daß der Advocat Baur als Geschlechtscurator der Klägerin nicht zuzulassen sei, diese auch dem Beklagten die Terminskosten zu erstatten habe.

Klägerin supplicirte hiergegen, erhielt aber den folgenden Bescheid:

Auf die mittelst Berichts des Trittauer Amtsgerichts vom 30./31. Juli d. J. hieselbst eingesandte Supplicationsschrift der Ehefrau Schmahl in Trittau, c. c. Advocaten Baur daselbst, Klägerin, jetzt Supplicantin, wider den Pächter Arpinus zu Grönwold, Beklagten, jetzt Supplicaten, wegen körperlicher Mißhandlungen f. w. d. a.,

wird der Supplicantin,

in Erwägung, daß es sich in der vorliegenden Streitsache unbestritten um Realinjurien handelt, nach dem § 1 der Verordnung vom 11. Mai 1798 aber Injuriensachen von der Obrigkeit ohne Advocaten zu erledigen sind und es dem Sinne der fraglichen Bestimmung gemäß für eben so unzulässig angesehen werden muß, daß ein Advocat im Termin als Geschlechtscurator auftritt, als daß er in seiner Eigenschaft als Anwalt verhandelt;

in fernerer Erwägung, daß die Zurückweisung des Advocaten Baur als Curator der Supplicantin in dieser Injuriensache um so gerechtfertigter erscheint, als Ehefrauen der Regel nach an die Curatel ihrer Ehemänner gebunden sind,

hiemittelst von Obergerichtswegen

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt.

Urkundlich 2c. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 28. August 1856.

Allerhöchst privilegirte
Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

50. Stück. Den 15. December 1856.

Entscheidungen.

Ueber die Umschreibung der Immobilien in Dithmarschen.

Die Eheleute Timm Sothmann und Maria Dominica Johanna Sothmann, geb. Schotten, in Cleve errichteten am 29. Mai 1854 ein gemeinschaftliches Testament, in welchem zunächst der Ehemann seine Ehefrau, falls er vor ihr mit Tode abgehen sollte, zur Erbin seines ganzen dereinstigen Nachlasses, es möge Namen haben, welchen es wolle, instituirte, und zwar dergestalt, daß sie im vollen und ungestörten Besitz der ganzen Verlassenschaft bis zu ihrem Lebensende bleiben solle, so daß sie bis zu diesem Zeitpunkte mit der ganzen Verlassenschaft ohne Inventar, ohne Rechenschaft und Rechnungsablage, sowie ohne jegliche Cautionsleistung frei schalten und walten könne, wie sie wolle. Jedoch sollten ihre Erben, wenn sie mit Tode abgegangen sein werde, verbunden und gehalten sein, an seine, des Testators, Erben, nämlich seine derzeit lebenden Geschwister, event. deren zur Zeit der vor sich gehenden Erbtheilung vorhandene Kinder, die Summe von 1600 ℳ R.-M. zu zahlen und auszukehren. Ganz mit denselben Worten setzte sodann die Ehefrau Sothmann ihren Ehemann zu ihrem Erben ein, gleichfalls mit der Bestimmung, daß nach seinem Tode seine Erben ihrer, der Testatrix, Tochter erster Ehe die Summe von 1600 ℳ R.-M. auszahlen sollten.

Der Ehemann starb zuerst, die Wittwe trat die Erbschaft an und ließ in Gemäßheit des Testaments die sämmtlichen dazu gehörigen, im Kirchspiel Henstedt gelegenen Immobilien auf ihren Namen umschreiben. Sie traf mit den Geschwistern ihres verstorbenen Ehemannes die Vereinbarung, daß diese die im Testament ihnen zugewandten 1600 ℳ gegen sofortige Auszahlung auf 960 ℳ herabsetzten, welche Summe darauf ausgekehrt worden ist. Sie errichtete ferner mit einer Enkelin, der Ehefrau Reepen in Cleve, einen Alimentations- und Ueberlassungscontract, laut dessen sie dieser ihr gesammtes bewegliches und unbewegliches Vermögen gegen die Verpflichtung, sie bis an ihr Lebensende zu alimentiren und ihre Wechselschuld bei Peter Dresler in Cleve zum Belauf von 960 ℳ zu übernehmen, übertrug.

Zur Ausführung dieses Contractes wollte nun die Wittwe Sothmann den von ihrem Ehemann ererbten Grundbesitz auf den Namen der Ehefrau Reepen umschreiben lassen; es wurden zu dem Ende dem Henstedter Umschreibungscollegium das Testament, eine Bescheinigung, daß auf dem fraglichen Grundbesitz keine protocollirte Schulden hafteten, der vorerwähnte Alimentationscontract und eine Quittung und Verzichtleistung der Erben des Ehemannes der Supplicantin auf ihre testamentarischen Ansprüche vorgelegt. Das Collegium aber verweigerte die Vornahme der Umschreibung.

Die Wittwe Sothmann wandte sich an die Norderdithmarscher Landvogtei mit der Bitte, daß baldthunlichst dem Collegio unter Verurtheilung desselben in sämmtliche ihr angeursachten Kosten anbefohlen werden möge, die von ihr begehrte Umschreibung ihres Geweses auf den Namen ihres Tochterkindes bewandten Umständen nach ohne Weiteres und ohne ferneren Verzug vorzunehmen.

Das Umschreibungscollegium bemerkte in seiner von der Landvogtei eingezogenen Erklärung: es habe der Absicht der Wittwe Sothmann, die von ihrem Ehemann ererbten Güter mit Umgehung ihrer im Testament eingesetzten Erben einer dritten Person zu übertragen, entgegentreten zu müssen geglaubt, um sich vor Angriffen abseiten der Testamentserben für die Zukunft sicher zu stellen, denn nach dem Wortlaut des Testaments träten nach dem Tode der Wittwe

Sothmann deren Erben ein und von diesen sei die Bezahlung an Timm Sothmann's Erben zu leisten. Da nun aber eine leibliche Tochter der Wittwe Sothmann am Leben sei und dieser ohnehin schon, und namentlich nach dem Testament, nach dem Ableben der Mutter deren Güter zufallen würden, so habe das Collegium um so weniger auf das Verlangen der Implorantin eintreten können, als sich dieselbe einer Willkür in der Disposition über die von ihrem Ehemann ererbten Güter zum Nachtheil der eingesetzten Erben angemaaßt habe, die ihr nach dem klaren Inhalt des Testaments nicht eingeräumt worden sei. Das Collegium habe unter diesen Umständen eine Bescheinigung darüber verlangen zu müssen geglaubt, daß in der Anzahl der in der producirten Quittung namhaft gemachten Individuen sämmtliche Erben des weiland Sothmann enthalten seien. Ueberdies aber dürfe es nicht unbemerkt lassen, wie die Acquirentin, die Ehefrau Reepen, in dem vorgelegten Contractsentwurf sich **nicht** zur Uebernahme der Schulden verpflichtet habe, folglich eine Handlung **in fraudem creditorum** offenbar beabsichtigt werde.

Die Landvogtei decretirte hierauf, nachdem zuvor auf ihr Verlangen von der Supplicantin eine Bescheinigung des Schuld- und Pfandprotocollhalters der Landschaft Norderdithmarschen des Inhalts beigebracht worden war, daß das ofterwähnte Sothmannsche Testament weder protocollirt, noch überall mit den gesetzlichen Protocollerfordernissen versehen sei, unterm 25. October v. J., daß das Gesuch der Supplicantin den in dem qu. Testament erwähnten Erben sowohl des weiland Timm Sothmann, als der Implorantin, zu insinuiren sei und denselben dabei aufgegeben werde, ihre etwanigen Einwendungen gegen die impetrirte Umschreibung innerhalb 3 Wochen **ab insin.** bei der Landvogtei vorzubringen, widrigenfalls zu gewärtigen, daß in dieser Hinsicht die Beschaffung der Umschreibung werde verfügt werden.

Gegen diese Verfügung wandte die Wittwe Sothmann Extrajudicialappellation ein und beantragte in einer bei dem Obergericht eingereichten Vorstellung, daß dieselbe wieder aufgehoben, dagegen aber dem Henstedter Umschreibungscollegio zur Pflicht gemacht werde, die hier in Rede stehende Umschreibung gegen Beibringung eines reinen Folienextracts und gegen Doeirung der geschehenen Berichtigung der auf den umzuschreibenden Immobilien haftenden Königlichen und communalen Abgaben und Gefälle ohne ferneren Verzug vorzunehmen, und zwar unter Verurtheilung des beregten Collegii in die **in inferiori** erwachsenen Kosten, **salva car. design. et mod.**

Bei der Entscheidung dieses Rechtsfalls handelte es sich hauptsächlich um die richtige Auffassung des Wesens der Dithmarsischen Umschreibung, welche wiederum einen Rückblick auf die historische Entstehung dieses Institutes erfordert.

Während die ältern Dithmarsischen Rechtsquellen über die Formen der Eigenthumsübertragung Nichts zu enthalten scheinen, verfügt das jetzt geltende Landrecht im Art. 63 § 2: daß das Eigenthum unbeweglicher Güter, als stehender Erbe und liegender Gründe, nicht überlassen werden könne, es geschehe denn vor offnem Gericht und werde in des Gerichtes Denkelbuch durch den Gerichtsschreiber verzeichnet. Diese der gerichtlichen Auflassung des Germanischen Rechtes entsprechende Form der Uebertragung des Eigenthums an Immobilien ist aber im Laufe der Zeit aus der Observanz gekommen. Veranlassung dazu gab wahrscheinlich die verminderte Zahl der Gerichtssitzungen, welche nach Art. 16 des Landrechts alle 14 Tage mit Ausnahme der Erntezeit gehalten werden sollten, nach und nach aber, vermuthlich wegen der zunehmenden Bedeutsamkeit der den Gerichtsmitgliedern ebenfalls obliegenden administrativen Geschäfte und weil es bequemer erscheinen mochte, wenn die nicht gerade processualischen Geschäfte in den einzelnen Kirchspielen beschafft werden konnten, immer seltener und kürzer geworden sind, so daß jetzt nur an wenigen fest bestimmten Terminen in jedem Jahr die Sitzungen der Dithmarsischen Gerichte gehalten werden. In demselben Verhältniß hat sich auch der Wirkungskreis derselben immer mehr eingeschränkt, indem die meisten ihnen ursprünglich obliegenden Geschäfte auf andere Behörden, besonders auf die Landvogtei und die Kirchspielsbehörden, übergegangen sind, was übrigens hauptsächlich nach und nach durch die Praxis geschehen ist, indem die Gesetzgebung nach den noch vorhandenen Quellen darauf wenig eingewirkt zu haben scheint. Zu diesen Geschäften gehört nun auch die Ueberlassung der Immobilien, jetzt als die Umschreibung derselben bezeichnet. An die Stelle des Gerichts sind dabei in Süderdithmarschen die Kirchspielvogteien, in Norderdithmarschen die Kirchspielscollegien, in dieser speciellen Beziehung gewöhnlich als Umschreibungscollegien bezeichnet, getreten; die Stelle des Gerichtsdenkelbuches vertritt das Umschreibungsprotocoll, welches in jedem Kirchspiel geführt wird. Was namentlich Norderdithmarschen betrifft, so werden hier alljährlich im Mai in sämmtlichen Kirchspielen allgemeine Umschreibungstermine gehalten, worin, mit seltener Ausnahme außerordentlicher Sitzungen, die sämmtlichen in dem Jahre vorgekommenen Immobiliar-Umsätze regulirt werden. Da zu diesen Terminen Jedermann Zutritt hat, ist der Act, wie die alte Auflassung, ein öffentlicher, zugleich ist das Verfahren ein mündliches, indem der alte und der neu eintretende Eigenthümer vor der Umschreibungsbehörde erscheinen, die erforderlichen Erklärungen abgeben und sich so viel nothwendig legitimiren.

Es darf übrigens nicht unbemerkt bleiben, daß die Umschreibung nur bei denjenigen Grundstücken stattfindet, welche in den Erdbüchern, den Catastern, auf welche eben die Umschreibung sich bezieht, auf Jemandes Namen stehen. Bei den nicht im Erdbuch aufgeführten Grundstücken, welche auf der Dithmarsischen Geest den größeren, in der Marsch aber den bei Weitem kleineren Theil ausmachen, greifen daher die römisch-rechtlichen Grundsätze über den Eigenthumsübergang Platz. Wo aber die Umschreibung stattfindet, ist dieselbe beim Vorhandensein der römisch-rechtlichen Requisite, die nach früherer obergerichtlicher Entscheidung erfordert werden,

Schl. H. Anz., 1845, S. 254,

der schließliche Act, durch welchen das Eigenthum von dem Einen auf den Andern übertragen wird, so daß derjenige, auf dessen Namen ein Grundstück geschrieben steht, in allen privatrechtlichen und öffentlichen Beziehungen als dessen Eigenthümer gilt. Die Umschreibung steht namentlich in der genauesten Beziehung zu dem freilich von anderer Hand geführten Schuld- und Pfandprotocoll: nach bestimmter Vorschrift des § 4 der Norderdithmarsischen Schuld- und Pfandprotocollverordnung vom 26. Juli 1771 ist nur derjenige eine Hypothek auf Immobilien cum effectu juris zu constituiren berechtigt, auf dessen Namen sie im Erdbuche wirklich geschrieben stehen.

Da die Umschreibung unter Autorität und Mitwirkung einer bestimmten Behörde zum Behuf der Uebertragung des Eigenthums vorgenommen wird, bedarf es natürlich einer Cognition derselben darüber, ob im concreten Falle der beabsichtigte Zweck erreicht werden kann; das Umschreibungscollegium darf Niemanden durch Verzeichnung seines Namens in den betreffenden Büchern als dispositionsberechtigt über ein bestimmtes Immobile legitimiren, für welchen nicht in der That die Voraussetzungen der Eigenthumserwerbung vorhanden waren. Die Umschreibung ist aber zugleich, wie die gerichtliche Auflassung überhaupt, und schon deshalb, weil den Behörden, welche sie vornehmen, keine Jurisdiction zusteht, ein bloßer Act der freiwilligen Gerichtsbarkeit,

vgl. Schl. H. Anz., 1843, S. 253.

Es ergiebt sich schon hieraus, daß der Umschreibungsbehörde eine weiter gehende Cognition über Rechtsverhältnisse, als sie der unmittelbare Zweck des Geschäftes, die Eigenthumsübertragung, erfordert, nicht zugestanden werden kann. Sie hat lediglich zu prüfen, ob im concreten Fall das Eigenthum übertragen werden kann, daher sich zu überzeugen, ob die Einwilligung der Contrahenten in genügender Weise erklärt ist, ob der Veräußernde zur Disposition über das Immobile berechtigt, ob der Erwerber zum Erwerb des Eigenthums befähigt ist, ob ein zur Uebertragung des Eigenthums geeignetes Rechtsgeschäft unter den Betreffenden abgeschlossen, ob auf Grund desselben die Tradition geschehen ist, welche als römischrechtliches Requisit des Eigenthumserwerbs der den Schlußact bildenden Formalität der Umschreibung vorausgegangen sein muß. Ferner kommt als specielle Voraussetzung für die Landschaft Norderdithmarschen, in welcher für die Protocollation das System der Personalfolien gilt, das durch die Protocollation gegebene Recht also durch eine vom Schuldner vorgenommene Veräußerung verloren gehen würde, noch hinzu, daß nach Bestimmung des § 15 der Großfürstlichen Schuld- und Pfandprotocollordnung vom 26. Juli 1771 entweder die Freiheit des Foliums von protocollirter Schuld, oder die Einwilligung der protocollirten Gläubiger in die begehrte Umschreibung nachgewiesen werden muß, wie denn auch endlich bei jeder Umschreibung nach der bekannten Vorschrift der Verordnung vom 16. Mai 1827 die Bezahlung der zur Zeit derselben restirenden Königlichen Abgaben zu doeiren ist.

Die letzten beiden Voraussetzungen machen im vorliegenden Fall keine Schwierigkeit: die Supplicantin hat dem Umschreibungscollegium nachgewiesen, daß auf dem fraglichen Grundbesitz keine protocollirte Schulden hafteten, und sie ist bereit, die geschehene Berichtigung aller darauf lastenden nicht allein Königlichen, sondern auch communalen Abgaben und Gefälle zu dociren. Was aber die zuerst berührten Voraussetzungen des Eigenthumsüberganges betrifft, so liegt ein Rechtsgeschäft, der zwischen der Supplicantin und ihrer Enkelin, der Ehefrau Reepen in Elrve, nebst ehelichem Curator errichtete Alimentations- und Ueberlassungscontract, vor, auf Grund dessen das Eigenthum an die Letztere übergehen konnte; der Kaufpreis ist durch die von der Erwerberin übernommene Verpflichtung zu dauernden Leistungen an die Supplicantin berichtigt und die Contrahenten haben in dem Contracte erklärt, daß die Tradition der überlassenen Immobilien gehörig geschehen sei. Der einzige Punkt, welcher zu Zweifeln Veranlassung geben könnte und auch in der That die Norderdithmarscher Landvogtei zu Einziehung einer Erklärung der in dem Testament namhaft gemachten Sothmann'schen Erben bewogen hat, ist die Befugniß der Supplicantin zur Disposition über das veräußerte Grundstück. Die Landvogtei bemerkt in ihrem Bericht, bei Einsicht der Testamentsurkunde habe es sich als zweifelhaft dargestellt, ob dasselbe ein Testament oder ein Codicill ab intestato enthalte, ob mithin zufolge der letztwilligen Dispositionen des Ehemannes der Extrajudicialappellantin diese auch wahre Erbin des Ersteren geworden und dadurch zur Veräußerung des gesammten auf sie überkommenen Nachlasses befugt sei. Das Umschreibungscollegium hat dieses Bedenken nicht gehegt, indem es schon früher das Gewese auf den Namen der Supplicantin ohne Weigerung umgeschrieben, sie also als völlig berechtigte Eigenthümerin anerkannt hat; dieser derzeit auf den einseitigen Antrag der Supplicantin vorge-

nommene Act würde sie indessen nicht zu weiterer Disposition berechtigen, wenn in der That das Bedenken der Landvogtei begründet wäre. Dies läßt sich aber nicht behaupten, da erst vor Kurzem in dem in den

Schl. H. Anz., 1854, S. 210,

referirten Falle ein ganz ähnlich lautendes Testament, in welchem ein Ehemann seine Ehefrau zur Erbin seines Nachlasses mit dem Zusatz eingesetzt hatte, sie solle berechtigt sein, als rechtmäßige Eigenthümerin damit nach Gefallen zu schalten und zu walten bis an ihren Tod, in sämmtlichen Instanzen und namentlich auch bei dem Oberappellationsgericht die Auslegung gefunden hat, daß dasselbe eine wahre Erbeseinsetzung der Ehefrau enthalte. Die in den Entscheidungsgründen des angezogenen Erkenntnisses aufgeführten Erwägungen passen im Wesentlichen auch auf den vorliegenden Fall, es kommt aber noch hinzu, daß nach dem Testament ihres Ehemannes aus dem Nachlaß der Wittwe Sothmann ein Legat an die derzeitigen Intestaterben des Testators entrichtet werden soll, was mit Entschiedenheit auf ihre Erbenqualität hinweist, so daß man in den Anstoß erregenden Worten des Testaments „bis zu ihrem Lebensende" nur eine Bemerkung zu erblicken hat, durch welche der Concipient des Testamentes, welcher allem Anschein nach kein Jurist gewesen ist, das Recht der Testamentserbin eher durch die Hinweisung darauf, daß sie ihr ganzes Leben hindurch eines ungestörten Besitzes sich erfreuen solle, hat verstärken wollen, als es beschränken.

Die Bedenken aber, welche ferner das Umschreibungscollegium zur Verweigerung der erbetenen Umschreibung geführt haben, entbehren aller Berechtigung und sind nur daraus hervorgegangen, daß dasselbe sich auf einen unrichtigen Standpunkt gestellt hat. Es glaubt sich verpflichtet, die Rechte der in dem Testament eventuell mit einem Legat bedachten Intestaterben des verstorbenen Sothmann zu schützen, und deutet nebenbei darauf hin, daß die Veräußerung **in fraudem creditorum** geschehe. Abgesehen aber davon, daß in dem Contractsentwurf von der Ehefrau Reepen eine Wechselschuld von 960 ℳ R. = M. übernommen ist, die zuletzt erwähnte Befürchtung also nicht einmal gerechtfertigt zu sein scheint, ist es überall nicht Aufgabe der Umschreibungsbehörde, welche nur durch specielle Gesetzesvorschrift angewiesen ist, die Rechte der protocollirten Gläubiger zu berücksichtigen, daß sie darüber wache, daß nicht eine Veräußerung zum Nachtheil der durch keine Protocollation geschützten Creditoren geschehe. Denn eine Benachtheiligung derselben steht dem Eigenthumsübergang durchaus nicht entgegen, wenn auch unter Umständen eine spätere Revocation desselben möglich sein mag, und kein Gesetz hat die Umschreibungscollegien verpflichtet und ermächtigt, die Interessen der einfachen Gläubiger zur Beschränkung der Grundeigenthümer wahrzunehmen. Dasselbe gilt hinsichtlich der Legatare, welche, wenn ihnen auch eine gesetzliche Hypothek an dem Vermögen des Belasteten zusteht, doch nicht zu den protocollirten Gläubigern gezählt werden können, da eine Protocollation ihrer Ansprüche weder stattgehabt hat, noch auch füglich geschehen konnte, weil die Personen der in Hinsicht auf dies Legat Berechtigten zur Zeit noch nicht bestimmt sind. Daß ihre Rechte im Testament sehr ungenügend gesichert sind und durch die beabsichtigte Veräußerung allerdings gefährdet werden können, ist zwar nicht zu verkennen, es berechtigt dies aber die Umschreibungsbehörde nicht, diesen Rechten eine Sorge angedeihen zu lassen, welche der Testator selbst, der im Gegentheil seiner Ehefrau ein freies Schalten und Walten mit seinem Nachlaß einräumt, nicht für nöthig erachtet hat.

Aus den in dem Bisherigen entwickelten Gründen ertheilte das Holsteinische Obergericht auf die Beschwerde der Supplicantin den nachstehenden Bescheid:

Auf die **sub præs.** den 24. November v. J. hieselbst eingereichte Vorstellung der Wittwe des Timm Sothmann in Eleve, Maria Dominica Johanna, geb. Schotten, daselbst, c. c., Implorantin, jetzt Extrajudicialappellantin, wider das Umschreibungscollegium des Kirchspiels Henstedt, Imploraten, jetzt Extrajudicialappellaten, hauptsächlich wegen Vornahme einer Umschreibung, jetzt Extrajudicialberufung wider die landvogteiliche Verfügung vom 25./30. October v. J.,

wird,

in Erwägung, daß der verstorbene Ehemann der Wittwe Sothmann in seinem am 29. Mai 1854 mit ihr errichteten Testamente dieselbe zur Erbin seines ganzen dereinstigen Nachlasses eingesetzt hat, der dieser Einsetzung hinzugefügte Zusatz aber, daß sie im vollen und ungestörten Besitz dieser ganzen Verlassenschaft bis zu ihrem Lebensende bleiben solle, nicht als eine Beschränkung ihres Rechtes auf einen bloßen Nießbrauch gefaßt werden kann, da der Annahme eines solchen die gleich darauf der Wittwe Sothmann eingeräumte Befugniß, mit dem Nachlaß frei zu schalten und zu walten, wie sie wollte, geradezu widerstreiten würde, so daß also die vorangeführten Worte als ein müssiger, wahrscheinlich von einem rechtsunkundigen Verfasser des Testamentes herrührender Zusatz zu betrachten sind;

in Erwägung, daß daher die Extrajudicialappellantin durch Beerbung ihres Ehemannes die Eigenthümerin der Immobilien, welche sie jetzt weiter zu übertragen beabsichtigt, geworden, auch in dieser Eigenschaft bereits von dem Henstedter Umschreibungscollegium, als dieses nach dem Tode ihres Ehemannes die Immobilien auf ihren Namen umschrieb, anerkannt worden ist;

in Erwägung, daß dieselbe demzufolge vollkommen

befugt war, das Eigenthum dieser Immobilien auf Grundlage des errichteten Alimentations- und Ueberlassungscontracts auf ihre Enkelin, die Ehefrau Reepen in Cleve, zu übertragen, in deren Person auch, so viel ersichtlich, kein Hinderniß der Eigenthumserwerbung vorhanden ist;

in Erwägung, daß das Umschreibungscollegium nur zu untersuchen hatte, ob die Betreffenden fähig und gewilligt waren, das Eigenthum an den Immobilien, deren Umschreibung verlangt ward, resp. zu übertragen und zu erwerben, dasselbe aber, abgesehen von der im § 15 der Großfürstlichen Schuld- und Pfandprotocollordnung vom 26. Juli 1771 vorgeschriebenen Berücksichtigung der Rechte der protocollirten Creditoren und der in der Verordnung vom 16. Mai 1827 verfügten Rücksicht auf etwanige Steuerrückstände, nicht zu prüfen hatte, ob durch die beabsichtigte Umschreibung die Rechte dritter Personen beeinträchtigt werden könnten, daher auch nicht befugt war, aus Besorgniß vor einer möglichen Verletzung der in dem Sothmann'schen Testamente eingesetzten Legatare und der nicht protocollirten Gläubiger der Wittwe Sothmann die Umschreibung, wie geschehen, zu verweigern; und

in Erwägung, daß jedoch den Umständen nach keine Veranlassung vorliegt, das Umschreibungscollegium zur Erstattung der durch seine Weigerung veranlaßten Kosten schuldig zu erkennen,

der Extrajudicialappellantin bei abschriftlicher Mittheilung der von dem Henstedter Umschreibungscollegium unterm 22. Decbr. v. J. erstatteten Erklärung und bei Retradirung der Originalanlagen ihrer Vorstellung von Obergerichtswegen hiedurch zum Bescheide ertheilt:

daß, unter Aufhebung der Decretur der Königl. Norderdithmarscher Landvogtei vom 25. Octbr. v. J., dem Henstedter Umschreibungscollegium aufzugeben sei, nach geschehener Vollziehung des abgeschlossenen Alimentations- und Ueberlassungscontracts die in Rede stehende Umschreibung der Immobilien der Wittwe Sothmann auf den Namen der Ehefrau Maria Dominica Johanna Reepen, geb. Söndens, in Cleve, nachdem von der Erstern der Vorschrift des § 15 der Großfürstlichen Schuld- und Pfandprotocollordnung und des § 5 der Verordnung vom 16. Mai 1827 genügt worden, vorzunehmen.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergericht zu Glückstadt, den 29. Mai 1856.

Ueber das Verhältniß der Superficies zur Protocollation.

Das Institut der Superficies ist seit mehreren Jahren in den Gütern Wandsbeck und Tangstedt vielfach zur practischen Geltung gekommen. Es sind eine Reihe von Contracten errichtet worden, mittelst deren die Grundeigenthümer ein zu ihrem Grundeigenthum gehöriges Stück Land auf eine gewisse Anzahl von Jahren, gewöhnlich auf 99 Jahre, einem Andern gegen einen jährlichen Pachtzins, bisweilen auch gegen eine runde, sofort oder in gewissen Terminen zu zahlende Summe in Pacht geben, mit der Befugniß, ein Gebäude darauf zu errichten, jedoch unter der Verpflichtung, dasselbe nach Ablauf der festgesetzten Jahre wiederum abzubrechen, sofern die Erben der Contrahenten sich nicht über die Verlängerung des Contracts sodann vereinbaren würden. Nachdem ein solcher Contract errichtet ist, baut der Pächter ein oder mehrere Gebäude auf dem gepachteten Lande, bedarf dazu gewöhnlich fremder Gelder und hat daher das Bedürfniß, seinem Gläubiger ein protocollirtes Pfandrecht zu geben. In solcher Veranlassung ist von dem Wandsbecker Justitiariat im Jahre 1853 mittelst einer an das Königl. Ministerium für die Herzogthümer Holstein und Lauenburg gerichteten Vorfrage die Frage in Anrege gebracht worden: ob gegen die Einrichtung von Folien im Schuld- und Pfandprotocoll für solche Gebäude, denen der Grund und Boden, auf welchem sie ständen, nicht angehöre, etwas zu erinnern sei; die Erledigung derselben ward dem Obergericht überwiesen.

Das für den Flecken und das Gut Wandsbeck im Jahre 1837 nach Maaßgabe der Verordnung vom 24. März 1797 neu eingerichtete Schuld- und Pfandprotocoll begründet den Credit auf Realfolien, und es kann nach den §§ 2, 3 und 6 dieser Verordnung nicht zweifelhaft sein, daß lediglich Grundstücke, Immobilien, welche ein für sich bestehendes Ganzes ausmachen, nicht aber abgeleitete dingliche Rechte an fremdem Grunde, zur Basis der Folien genommen werden sollen. Dingliche Rechte an fremdem Grundstücke kennt die Verordnung nur als Gegenstand der Versicherung auf dem Folium des Grundeigenthümers, nicht als Basis eines eigenen Foliums.

Die hier in Rede stehenden Gebäude würden also nur dann ein Folium für sich erhalten können, wenn sie als besonderes Eigenthumsobject existirten. Es gilt aber der Grundsatz: **Solo cedit quod solo inædificatur**, welcher insbesondere auch für das Verhältniß der Superficies normgebend ist. Denn daß der Superficiar nicht Eigenthümer des von ihm auf fremdem Grunde errichteten Gebäudes ist, sollte wohl nicht zweifelhaft sein. Die alte Lehre vom **dominium utile** ist längst überwunden, und es muß nur auffallen, daß man wieder bei

Falck, Handbuch des Schl. H. P. R., IV. 1, S. 245,

der Behauptung begegnet, daß der Superficiar, so lange das Rechtsverhältniß dauere, als Eigenthümer des Gebäudes betrachtet werden müsse, was ohne Zweifel auch nach gemeinem Rechte anzunehmen sei. Das von ihm angeführte Argument ist aber unzutreffend. Wenn er nämlich annimmt, daß der Grundsatz **solo cedit etc.** nur von solchen Fällen gelte, wo Jemand ohne Bewilligung des Grundeigenthümers oder ohne alle Berechtigung baue, so ist dagegen zu bemerken, daß die Gesetze zum Hineintragen einer solchen Unterscheidung keine Veranlassung geben. Räumt man auch ein, daß die anziehende Kraft des Grundeigenthums durch Vertrag aufgehoben werden könne, wofür die Erwägung spricht, daß die mehrerwähnte Regel nicht zu den absoluten Rechtsregeln gehören dürfte, wie denn namentlich der Germanischen Rechtsanschauung die Verschiedenheit des Eigenthums an dem Grund und Boden und an der Superficies entspricht: so liegt doch in der bloßen Zustimmung des Eigenthümers zu dem Bauen auf seinem Grunde kein derartiger Vertrag. Im Gegentheil würde, wenn ausdrücklich ein solcher Vertrag abgeschlossen wäre, das ein **jus in re aliena** begründende Rechtsverhältniß der Superficies nicht zur Existenz gelangen können.

Bekannt ist dagegen, daß die Superficies mittelst römisch-rechtlicher Hypothek verpfändet werden kann, welche Verpfändung dann aber auf das **jus in re**, nicht auf das Substrat desselben, die Sache, sich bezieht,

Göschen, Vorlesungen **II**, § 369, **II**,

das Institut der Protocollation aber ist nach dem unzweideutigen Inhalt der obigen Verordnung zu diesem Behuf nicht zu verwenden.

In Uebereinstimmung mit den dargelegten Grundsätzen ist das nachstehende Rescript an das Wandsbecker Justitiariat erlassen worden:

Von Obergerichtswegen

wird dem Wandsbecker Justitiariate auf die an das Königl. Ministerium für die Herzogthümer Holstein und Lauenburg gerichtete, zur Erledigung anhero remittirte Anfrage, ob gegen die Anwendung der Schuld- und Pfandprotocollverordnung vom 24. März 1797 auf solche Gebäude, welchen der Grund und Boden, auf dem sie stehen, nicht angehört, nichts zu erinnern sei, hiedurch eröffnet, daß zufolge der Verordnung vom 24. März 1797, insonderheit deren §§ 2, 3, 6, nur Grundstücke, welche ein für sich bestehendes Ganzes ausmachen, nicht abgeleitete dingliche Rechte an fremdem Grunde, zur Basis der Folien genommen werden sollen, daß die gedachte Verordnung dingliche Rechte an fremden Grundstücken nur als Gegenstand der Versicherung auf dem Folio des Grundeigenthümers kenne, nicht als Basis eines eigenen Folii, und daß demnach für solche Gebäude, welchen der Grund und Boden, auf dem sie stehen, nicht angehört, Folien im dortigen Schuld- und Pfandprotocolle **nicht** eingeräumt werden dürfen, wogegen es dem Inhaber einer Superficies unbenommen bleibt, dieselbe mittelst römisch-rechtlicher **hypotheca publica** oder **privata** zu verpfänden.

Königl. Holsteinisches Obergericht zu Glückstadt, den 16. Februar 1854.

Criminalfälle.

Verwandtenmord.

Die Inculpatin Christina Magdalena Pünner aus Badendorf im Amte Reinfeld, geboren den 23. October 1831, ist, nachdem sie wegen Armuth ihrer Aeltern nur dürftigen Schulbesuch genossen hat, Ostern 1848 confirmirt worden und hat dann theils bei ihren Aeltern sich aufgehalten, theils an verschiedenen Stellen gedient. Während sie im Sommer 1854 bei dem Eingesessenen Wichmann zu Oldesloe in Dienst stand, ward sie von einem Dienstknecht, *Jochim David von Rethwisch*, unter dem Versprechen der Ehe geschwängert; zur Heirath kam es aber nicht, da ihr Schwängerer nicht das Mindeste besaß und sie einsah, daß sie im Fall der Verheirathung unglücklich werden würden. Als ihre Schwangerschaft vorrückte und sie am 1. Mai v. J. ihren Dienst verlassen hatte, begab sie sich zunächst zu ihrem Vater, der indessen, da er selbst in dem Reinfelder Armenhause wohnte, sie nicht bei sich aufnehmen konnte. Dann wandte Inculpatin sich an den Bürgermeister Coldit in Oldesloe, der sie an ihre Heimathscommüne zurück verwies, und hier erhielt sie von dem Armenvorsteher Thomsen in Zarpen den Bescheid, sie solle bei den Bauern in Rienborf herumgehen, d. h. dort Beköstigung erhalten, aber arbeiten, so lange sie könne. Darauf wollte sie sich nicht einlassen, sondern lieber alles Mögliche versuchen, um sich selbst zu helfen; sie trat daher wieder bei einem Bürger Springhorn in Oldesloe in Dienst. Ihre Schwangerschaft erlaubte ihr aber nicht, lange zu dienen; sie begab sich am 28. Mai v. J. zu ihrem Vater zurück und wurde hier noch am selbigen Tage in dem Reinfelder Armenhause mit Hülfe einer Wittwe Schwarz von einem Knaben entbunden, welcher am 10. Juni s. J. auf den Namen Friedrich Herrmann Wilhelm David getauft wurde. Der Wittwe Schwarz fiel es auf, daß gar keine Vorkehrungen getroffen, namentlich

kein Kinderzeug veranstaltet war; sie fragte daher nach der Geburt die Inculpatin, ob sie auch schlechte Absichten mit ihrem Kinde gehabt habe, erhielt aber von ihr zur Antwort: keinesweges, sie habe nicht geglaubt, daß ihre Stunde schon da sei, sie habe das Kind unter ihrem Herzen getragen und wolle es auch lebendig groß machen.

Die Inculpatin blieb nun noch etwa 8 Tage in dem Armenhause, brachte dann ihr Kind bei der Ehefrau eines Arbeitsmannes Dencker zu Reinfelder Hude für die Summe von 38 ℳ 38 ß R.-M. unter, indem der Armenvorsteher Thomsen versprach, bei dem Armenwesen einen Bürgschaftsschein für diese Summe zu erwirken, und trat selbst bei dem Pächter Huß in Tralau auf ein halbes Jahr für 11 ℳ v. Cour. in Dienst. Dieser Dienst ward ihr aber wieder gekündigt, weil ihr Dienstherr annahm, daß sie zu mehreren Malen die Kühe nicht rein ausgemolken habe, und sie vermiethete sich nun zum 1. Novbr. v. J. auf der Meierei zu Vorstel für einen jährlichen Lohn von 33 ℳ 58 ß R.-M., trat diesen Dienst aber schon etwa 14 Tage vor Michaelis an.

Die Ehefrau Dencker hatte inzwischen von der Inculpatin weder Geld für das Kind erhalten, noch war der zugesagte Bürgschaftsschein des Armenwesens ausgestellt worden; sie erschien daher nach etwa drei Wochen mit dem Kinde auf Tralau, ward aber von der Inculpatin sehr gebeten, es wieder mitzunehmen, und erhielt von ihr 2 ℳ v. Cour., von dem Dienstherrn derselben das Versprechen, dafür zu sorgen, daß sie mehr Geld bekäme. Als indessen kein Geld erfolgte, stellte sie sich von Neuem auf Tralau ein, Inculpatin hatte aber gerade an diesem Tage den dortigen Dienst verlassen. Noch während sie auf Tralau diente, hatte letztere mit einer Ehefrau Riecken zu Vinzier die Abrede getroffen, daß sie ihr Kind für 27 ℳ 19 ß R.-M. zu sich nehmen solle; am Tage nach ihrer Entlassung von Tralau erschien sie bei der Dencker, brachte ihr 4 ℳ 77 ß R.-M. und kündigte ihr an, daß sie das Kind nun bei der Ehefrau Riecken in Vinzier unterbringen könne, daß sie (die Dencker) es aber noch bis zum zweiten folgenden Sonntage, den 30. September v. J., behalten müsse, indem die Riecken es alsdann abholen würde.

Die Riecken will überhaupt nur unter Vorbehalt der Einwilligung ihres Mannes die Vereinbarung mit der Inculpatin getroffen haben; jedenfalls erklärte Letzterer sich nachträglich dagegen, und als die Inculpatin am 30. Septbr. bei der Riecken erschien, um dieselbe noch einmal an das Abholen des Kindes von der Dencker zu erinnern, erhielt sie, da die Eheleute Riecken nicht zu Hause waren, im Auftrage der Frau durch eine in derselben Kathe wohnende Ehefrau Stehn den Bescheid, daß sie das Kind nicht nehmen könne, da ihr Mann es nicht zugeben wolle. Inculpatin trug der Stehn auf, ihr zu erwidern, daß sie es nehmen müsse, da sie dies einmal versprochen habe, übrigens wolle sie noch 2 ℳ zulegen, und kehrte, ohne die Rückkehr der Rieckenschen Eheleute abwarten zu können, nach Vorstel zurück. Die Riecken hatte aber der ihr gewordenen Weisung keine Folge geleistet, und es erschien am folgenden Tage, dem 1. October v. J., die Ehefrau Dencker mit dem Kinde der Inculpatin auf der Vorsteler Meierei. Die Inculpatin begab sich nun mit ihr und dem Kinde nach Vinzier zu der Riecken, um sie zur Annahme desselben zu bewegen. Sie trafen dort um etwa 2 Uhr Nachmittags ein. Die Riecken war Anfangs geneigt, das Kind zu nehmen, sagte auch ihrem herzugeholten Manne, sie habe nun schon einen Jungen angenommen. Dieser erwiderte ihr aber, das wäre etwas Schönes, erklärte der Inculpatin, welche ihn hinausrief und noch 2 ℳ zu dem Kostgelde zuzulegen sich erbot, er wolle damit nichts zu thun haben, und ging wieder fort. Seine Frau erklärte sich nun von Neuem bereit, das Kind zu nehmen, bald darauf aber ließ ihr Mann, der sich inzwischen die Sache näher überdacht hatte, durch eine Nachbarstochter ihr sagen, daß sie auf keinen Fall das Kind behalten solle; und nun waren, wenn auch die Riecken bisweilen äußerte, daß sie Lust dazu habe, doch alle Bitten der Inculpatin, daß sie das Kind, sei es ganz oder auch zunächst nur auf einige Tage, behalten möchte, vergeblich. Sie versuchte, das Kind nun noch bei zwei andern Frauen, der Ehefrau Stehn und Reimers, unterzubringen, aber mit eben so wenig Erfolg. Sie äußerte nun, „sie komme nicht wieder nach Vorstel, das erste Wasser gehöre ihr und ihrem Kinde." Die Zeuginnen, welche diese Aeußerung hörten, haben sie indessen nicht für ernstlich gehalten, und die Inculpatin selbst erklärt, sie habe in der Verzweiflung, in welche sie durch das Hinhalten der Riecken gerathen sei, es nur so hin ausgesprochen, ohne den Vorsatz zu fassen. Als sie dann, nachdem sie noch die Frauen wiederholt, aber vergeblich gebeten hatte, das Kind zu behalten, sich anschickte, mit demselben fortzugehen (die Dencker hatte sich schon früher in dem Glauben, daß die Riecken das Kind wenigstens einige Tage behalten würde, entfernt), äußerte die Riecken, ihr dünke, daß sie die Nacht bei ihnen bleiben solle. Inculpatin aber erklärte, daß sie mit ihrem Kinde zu einer Cousine nach Oldesloe gehen wolle, und entfernte sich mit demselben etwa um 7 Uhr Abends.

Später am Abend erschien sie auf Vorstel, aber ohne ihr Kind. Sie setzte sich zu Tische und aß, wie eins ihrer Mitmädchen erinnert, mit gutem Appetit, erschien Allen lustig und vergnügt, wie immer, „jachterte" auch nach der Bemerkung eines andern Mädchens beim Essen, wie gewöhnlich, mit dem Meiereiknecht. Aber es fiel auf, daß die Inculpatin mit einem Bündel zurückgekehrt war, in welchem sich unter Anderem ein Oberrock (eine Pie) ihres Kindes befand; auch bemerkte in der folgenden Nacht das Mäd-

chen Johanna Wolgast, welche mit ihr in demselben Bette schlief, daß die Inculpatin wiederholt auf die Bettdecke schlug und ausrief: „ich habe es nicht gethan." Ihre Ausreden über das Verbleiben ihres Kindes gegen die Meierin und gegen die Mitmädchen erwiesen sich bald als unwahr; der Graf Baudissin auf Borstel ließ sie daher am Sonnabend, den 6. October, vor sich kommen. Sie erzählte nun zunächst, es wären ein Mann und eine Frau aus Oldesloe auf ihrem Wege von Vinzier nach Borstel zu ihr gekommen, welche ihr das Kind abgenommen hätten, um es unterzubringen, dann aber, zur Angabe der Wahrheit aufgefordert, geständigte sie, daß sie ihr Kind am Montage, den 1. October, in dem Haideteich ertränkt hätte. Inculpatin ward am folgenden Tage zum Behuf der Untersuchung an das combinirte Gutsgericht für Tralau ꝛc. abgeliefert. Die Nachsuchungen nach der Kindesleiche blieben Anfangs ohne Erfolg, erst am 9. s. M. ward sie am Rande des Haideteiches gefunden. Die von dem Physicus **Dr.** Ackermann vorgenommene Besichtigung ergab keine Spur äußerer Gewaltthätigkeit, auch enthielten die der Untersuchung zugänglichen Körperhöhlen nichts Regelwidriges, und es erklärte daher der Physicus zu Protocoll, daß, da die Leiche im Wasser gefunden sei und ihre Beschaffenheit die Lebensfähigkeit beweise, es wahrscheinlich sei, daß das Kind ertrunken sei. Die Section der Leiche, welche von der Inculpatin als die ihres Kindes recognoscirt worden ist, ward unterlassen.

Die Inculpatin hat nun vor dem Untersuchungsgericht ihr Geständniß der That in ausführlicher und detaillirter Weise wiederholt. Als sie die Rieckensche Wohnung verlassen, will sie den Gedanken gehabt haben, nach Oldesloe zu einer Cousine Namens Elvers zu gehen, sich aber geschämt haben, sich in Vinzier noch wieder sehen zu lassen, da sie dort schon umhergegangen und die Riecken schon im Dorfe von ihr gesprochen habe; sie ist deshalb nicht die Dorfstraße, sondern quer über eine Koppel in die Landstraße gegangen. Als sie nun zur Landstraße gekommen und sich hat entschließen sollen, nach Oldesloe zu gehen, ist ihr der Gedanke gekommen, daß die Elvers ihr wohl nicht helfen würde, da sie sich während ihres Dienstes in Oldesloe gegenseitig um einander nicht bekümmert hätten, und daß sie auch von ihrem Bruder und ihrer Schwester keine Hülfe zu erwarten habe, daß es daher am besten sei, daß sie sich mit dem Kinde davon mache. Mit diesen Gedanken hat sie die Landstraße links liegen lassen und den Fußsteig in der Tannenhölzung, auf welchem sie am Vormittage von Borstel nach Vinzier gegangen war, eingeschlagen. Am Eingang in die Tannenhölzung hat sie auf den Wall sich hingesetzt und hier fortwährend darüber nachgedacht, was sie mit dem Kinde und sich selbst aufstellen solle. Hier hat sie sich entschlossen, sich davon zu machen, und ist weiter gegangen, ohne über die Ausführung dieses Entschlusses eine Entscheidung zu fassen. Beim Verlassen der Tannen hat sie sich wieder auf den Wall hingesetzt und hier den Entschluß gefaßt, sich mit dem Kinde in den nahen Haideteich zu stürzen. Sie ist nun aufgestanden und weiter bis zum Mönch am Haideteich gegangen, wo sie sich mit ihrem Kinde entweder auf den Vorsetzen oder dicht vor denselben hingesetzt hat. Nachdem sie hier eine Weile, wie sie glaubt, länger, als an den andern beiden Stellen, gesessen, hat sie das über dem Wasser gehaltene Kind ins Wasser fallen lassen. Als sie sich am Wasser mit dem Kinde hingesetzt, ist ihre Absicht gewesen, sich mit dem Kinde davon zu machen, und zwar dadurch, daß sie zuerst das Kind habe hineinwerfen und dann selbst nachspringen wollen. Sie habe denn nun, erklärt die Inculpatin, nachdem sie eine kurze Weile gesessen, ihr Kind ins Wasser fallen lassen und sehe sie wohl ein, daß das nicht anders gekommen sein könne, als daß sie im Sitzen das Kind mit den Händen über dem Wasser gehalten und es nun durch Loslassen habe hineinfallen lassen. Daß sie in diesem Augenblick sich der Absicht deutlich bewußt gewesen wäre, ihr Kind zu ertränken, könne sie nicht sagen, denn sie habe keine Besinnung mehr gehabt, aber vorher habe sie allerdings diese *Absicht gehabt* und sie wäre auch in dieser Absicht, sowie sich selbst zu ertränken, nach dem Haideteich gegangen. Die Absicht, dem Kinde ins Wasser nachzuspringen, will die Inculpatin auch noch gehabt haben, als das Kind schon im Wasser gewesen, wie sie sich jetzt noch deutlich bewußt sei; darum werde ihr denn auch wohl nicht der Gedanke gekommen sein, zur Rettung des Kindes Hülfe zu rufen, doch könne sie darüber nichts Bestimmtes sagen, nur, daß das Kind nicht aus Versehen ins Wasser gefallen sei. Daß dasselbe in dem Augenblick, als es ins Wasser gekommen, gelebt habe, ist der Inculpatin nicht zweifelhaft, obschon sie aus Mangel an Besinnung, wie sie da gesessen, keine bestimmten Lebenszeichen bemerkt haben will: sie habe es aber ja lebend aus Vinzier mitgenommen und erinnere noch, daß es sich gerührt habe, als sie sich auf den ersten Wall an der Tannenhölzung mit ihm hingesetzt. Daß sie vor dem Hineinfallenlassen ins Wasser irgendwie in gewaltsamer Weise Hand an ihr Kind gelegt habe, hat Inculpatin in Abrede gestellt. Nachdem sie es hineinfallen lassen, will sie keine Bewegung desselben gesehen oder gehört haben.

(Der Beschluß folgt.)

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

51. Stück. Den 22. December 1856.

Entscheidungen.

Ueber die Bestimmung des § 6 der Verordnung vom 20. Januar 1797, wornach Altentheiler nicht ohne obrigkeitliche Genehmigung auf ihre Rechte verzichten oder selbige auf Andere übertragen können.*)

In Supplicationssachen des Halbhufners Hinrich Zöftig in Vorburg, Provocanten und Beklagten, jetzt Supplicanten, wider den Viertelhufner, Setzwirth Burmeister daselbst, **proprio et uxorio nomine**, Provocaten, Kläger, jetzt Supplicaten, wegen Beziehung des auf der Stelle des Beklagten befindlichen Altentheils, jetzt gegen das Erkenntniß des Tremsbütteler Amtsgerichts vom 23./25. Mai d. J.;

ergeben die Acten:

In Veranlassung einer desfallsigen Provocation von Seiten des jetzigen Supplicanten hat der jetzige Supplicat wider denselben beim Tremsbütteler Amtsgericht klagend vorgebracht: Seine Ehefrau sei altentheilsberechtigt auf der dem Beklagten gehörigen Halbhufe zu Vorburg, derselbe verweigere es ihm und seiner Ehefrau nun, sie auf dieses Altentheil ziehen zu lassen, unter dem Vorgeben, daß er das Altentheil vom Kläger und dessen Ehefrau gepachtet habe, und zwar für die Dauer der Setzjahre der dem Kläger übergebenen Viertelhufe. Kläger habe nun ein solches Pachtverhältniß niemals weder für sich noch Namens seiner Ehefrau abgeschlossen, er habe vielmehr das Altentheil nur jahrweise an den Stellbesitzer verpachtet und habe die Pacht um Martini 1855 zu Maitag 1856 rechtzeitig gekündigt, wobei noch hervorgehoben worden, daß das fragliche Pachtverhältniß überall nicht obrigkeitlich confirmirt worden sei. Es ist demnach gebeten, daß Provocanten und Beklagten aufzuerlegen, dem Kläger nebst Familie den sofortigen Aufzug auf das Altentheil zu gestatten, unter Verurtheilung in die Kosten und Vorbehalt der klägerischen Entschädigungsansprüche.

Excipiendo hat der Beklagte sich auf das erwähnte Pachtverhältniß berufen, er habe nämlich um Michaelis 1854 mit der Ehefrau des Klägers im Beisein und unter Assistenz desselben, welcher damals noch ihr Bräutigam gewesen, einen Vertrag dahin abgeschlossen, daß er 14 Jahre hindurch statt der Naturalaltentheilsnutzung jährlich 106 $\not{\!\!\!\!\times}$ 64 ß R.=M. entrichten und dagegen den gesammten Altentheil zu seiner eigenen freien Benutzung behalten solle. Diese Summe sei denn auch bisher richtig bezahlt worden, wie die desfälligen Quittungen beweisen.

Eventuell hat der Beklagte die **exceptio doli** vorgeschützt, indem der Kläger jedenfalls die Verwendungen ersetzen müsse, die der Beklagte in der begründeten Erwartung 14jähriger eigener Nutzung auf das Altentheilsland gemacht habe. Hierher gehöre namentlich die von ihm beschaffte Bedüngung und Bestellung der letzten Wintersaat und die gleichfalls geschehene Bemergelung dreier Schläge. Zu einem Ersatz habe Kläger sich nicht einmal erboten und sei Beklagter demnach befugt, bis solcher erfolgt, das Altentheil zu retiniren.

Replicando hat Kläger die Existenz des behaupteten Pachtverhältnisses und der Verpflichtung zum Ersatz irgend welcher Impensen in Abrede gestellt, und hat das Gericht für das Amt Tremsbüttel unterm 23. Mai d. J. erkannt:

*) vgl. d. Anz., Jahrg. 1847, S. 289, Jahrg. 1853, S. 163, Jahrg. 1855, S. 314.

daß der Beklagte schuldig, dem Kläger nebst Familie den Aufzug auf das Altentheil zu gestatten, ref. exp.*)

Gegen dieses Erkenntniß hat der Beklagte das Rechtsmittel der Supplication eingewandt, solches rite prosequirt und seine Beschwerden darin gesetzt, daß er nicht mit seinen Einreden Gehör gefunden, event. daß nicht wenigstens die Kosten compensirt seien, und steht nunmehr nach eingezogener Erklärung des Gegentheils zur Frage: ob und in wie weit diese Beschwerden begründet sind.

In Erwägung nun, daß nach dem § 6 der Verordnung vom 20. Januar 1797 Abnahmeleute auf die Abnahme ohne obrigkeitliche Genehmigung nicht Verzicht thun oder ihre Rechte an Andere übertragen dürfen; daß diese Vorschrift nicht bloß dahin zu verstehen ist, daß eine von Seiten der Abnahmeleute geübte Liberalität dergleichen Abänderungen ungültig mache, sondern vielmehr darin die Bestimmung gefunden werden muß, daß, um solche Liberalität von vorneherein unmöglich zu machen, dergleichen Rechtsgeschäfte ohne vorgängige Untersuchung der Verhältnisse von Seiten der Obrigkeit überall nicht abgeschlossen werden sollen, und daher, falls dies dennoch geschieht, als nichtig anzusehen sind; daß solchemnach das fragliche Pachtverhältniß, selbst wenn es erwiesen wäre, da die obrigkeitliche Genehmigung excipiendo nicht einmal behauptet worden ist, auf die Entscheidung dieser Sache von keinem Einfluß sein würde;

in fernerer Erwägung, daß das jus retinendi als ein accessorisches Recht die Existenz einer principalen Forderung voraussetzt, eine solche Forderung aber excipiendo gar nicht aufgestellt ist, indem der Beklagte nur im Allgemeinen behauptet hat, daß er wegen Impensen Ersatzansprüche habe, ohne deren Größe näher anzugeben, und daher für den Kläger jede Möglichkeit einer replicando zu beschaffenden Einlassung auf diese Gegenforderung gefehlt hat;

in endlicher Erwägung, daß zu einer Compensation der Kosten um so weniger Veranlassung vorgelegen, als der Supplicant den Supplicaten selbst zur Klage provocirt hat,

wird auf die sub præs. den 7. Juni hieselbst eingereichte Supplicationsschrift, nach darüber eingezogener Erklärung des Gegentheils, hiemittelst von Obergerichtswegen

ein abschlägiger Bescheid

ertheilt, Supplicant auch schuldig erkannt, die zu 12 ℛ 14 ß R.-M. bestimmten Kosten der Gegenerklärung innerhalb 4 Wochen zu erstatten.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Holsteinischen Obergerichte zu Glückstadt, den 28. August 1856.

*) In den diesem Erkenntnisse vorangestellten Entscheidungsgründen heißt es:

In Erwägung, daß Kläger und Provocat seinen Antrag, daß dem Beklagten auferlegt werde, dem Kläger nebst Familie den sofortigen Aufzug auf das Altentheil zu gestatten und demselben die angeursachten Kosten zu ersetzen, auf die der klägerischen Ehefrau an der Halbhufe des Beklagten zuständige Altentheilsberechtigung gestützt hat;

in Erwägung, daß der Beklagte unter Einräumung der Altentheilsberechtigung der klägerischen Ehefrau die Einrede des pacti und des dolus entgegengestellt hat, zu deren Begründung er anführt, daß Kläger ihm das Altentheil auf 14 Jahre vermiethet habe, und daß derselbe jedenfalls, bevor er das Altentheil zurücknehme, für die darauf gemachten Verwendungen Ersatz leisten müsse, bis zu welcher Zeit Beklagter das Retentionsrecht habe;

in Erwägung ferner, daß die Einrede des pacti, den Beweis des letzteren vorausgesetzt, um deswillen für begründet nicht zu erachten, weil nach den Bestimmungen des § 6 der Verordnung vom 20. Jan. 1797 Altentheiler über das ihnen zustehende Altentheil ohne Genehmigung der beikommenden Obrigkeit nicht verfügen können, der Beklagte aber weder behauptet hat, daß eine Genehmigung des fraglichen Pachtvertrages stattgefunden, noch auch die gegnerische Behauptung, daß die Confirmation fehle, in Abrede gezogen hat;

in weiterer Erwägung, daß die Einrede des dolus und daher abzuleitender Retentionsbefugniß und Ansprüche auf Schadensersatz und Impensen ebenfalls nicht in Betracht kommen kann, indem ein bei dem fraglichen Pachtvertrage Seitens des Klägers etwa stattgehabtes doloses Benehmen nicht die Wirkung haben kann, dem gesetzlich nichtigen Vertrage den Schutz der Retentionseinrede zu verleihen, nicht minder auch wegen aufgewandter Impensen und Schadensersatzansprüche ein Retentionsrecht in Betreff eines durch eine nichtige Verfügung in die Hände des Pächters gelangten Pachtobjects demselben nicht zustehen kann.

Verfahren von Amtswegen beim Ehebruch.

Die Verordnung vom 21. Juli 1771, welche in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte verfügte, daß es allein dem unschuldigen und beleidigten Ehegatten zukomme, über Ehebruch zu klagen, und so lange derselbe schweige, Niemand zugelassen werden dürfe, die Sache zu rügen, ward schon durch die Verfügung vom 6. März 1772 wieder aufgehoben, und die spätere

Verordnung vom 27. April 1798 hat, was das officielle Verfahren anlangt, die Vorschriften der Verfügung vom 6. März 1772 nicht abgeändert. Sie schließt im Gegentheil nur bei der Unzucht unter ledigen und sonst unberüchtigten Personen das Verfahren **ex officio** oder auf geschehene Denunciation aus, sofern nicht das **stuprum** durch erfolgte Schwängerung an den Tag kommt oder sonst rechtlich erwiesen wird, und bestimmt in Beziehung auf den Ehebruch im § 1, daß die Fürbitte des unschuldigen Ehegatten als Begnadigungs- oder Milderungsgrund in einzelnen Fällen gelten solle. Die Praxis hat sich denn auch, wie C. v. Schirach in seinem Handbuche des Schleswig-Holsteinischen Criminalrechtes Bd. 1 S. 581 bemerkt, dafür entschieden, daß beim Ehebruch ein officielles Verfahren stattfinde, und mit dieser Ansicht hat sich auch das Königliche Oberappellationsgericht einverstanden erklärt,

cf. d. Anz., Jahrg. 1855, S. 12.

Natürlich wird es indessen die Aufgabe der Behörde sein, beim officiellen Einschreiten mit großer Behutsamkeit zu Werke zu gehen, damit nicht die Ehe durch officielle Nachforschung ohne genügende äußere Veranlassung gestört werde, und es pflegt daher eine Untersuchung nicht eingeleitet zu werden, wenn der Ehebruch nicht klar zu Tage liegt oder öffentliches Aergerniß gegeben hat.

Wenn aber der Magistrat zu ...... in einem demselben denunrirten Fall, wo eine von ihrem Manne getrennt lebende Frau von einem Kinde entbunden war, sich weigerte, diesen klar vorliegenden Ehebruchsfall zu untersuchen wegen der dem Kinde zur Seite stehenden Präsumtion der Ehelichkeit und weil vom Ehemann keine Klage erhoben worden, so war dies unstreitig nicht zu billigen, und nachdem der Fall in Folge eines Notats zur Steinburger Amtsrechnung zur Erörterung gekommen, ward nachstehendes Rescript an den Magistrat zu ...... erlassen:

Von Obergerichtswegen

wird dem Magistrate zu ...... mit Beziehung auf dessen Bericht vom 30. Januar d. J., betreffend die Ablehnung der Untersuchung eines bei demselben zur Anzeige gebrachten Ehebruchsfalles der Margaretha Rusch, geb. Schütt, hiedurch zu erkennen gegeben, daß nach Maaßgabe der Bestimmungen der Verordnung vom 27. April 1798 beim Ehebruch ein Verfahren **ex officio** stattfinde, und die Annahme, als wenn ein officielles Verfahren ohne vorgängige Klage des beleidigten Ehegatten nicht statthaft wäre, unbegründet sei, wohlgedachter Magistrat daher verpflichtet gewesen wäre, auf die erfolgte Anzeige eine Untersuchung wider die Ehefrau Rusch einzuleiten.

Vorstehendes wird dem ...... Magistrate in Anleitung Schreibens des Königlichen Ministeriums für die Herzogthümer Holstein und Lauenburg vom 30. November d. J. zur Nachachtung für die Zukunft mit dem Bemerken eröffnet, daß mit Rücksicht auf die inzwischen eingetretene Verjährung von der Einleitung einer Untersuchung wider die Ehefrau Rusch wegen des fraglichen Ehebruchsfalles abgesehen werden müsse.

Königl. Holsteinisches Obergericht zu Glückstadt, den 11. December 1856.

Criminalfälle.

Verwandtenmord.

(Beschluß.)

Nach begangener That ist, wie Inculpatin weiter angiebt, ihr eine Schwere im Gemüth überkommen, so daß sie nicht gewußt, was sie gethan, und sich am Ufer hingesetzt und geweint hat. Als sie so gesessen, ist über die Koppel von Tönningstedt oder Vorstel her ein Mann gekommen, der sie gefragt hat, warum sie da sitze zu weinen und wohin sie wolle. Er hat sie darauf bis dicht vor Vorstel begleitet, ohne daß sie von ihrer That gesprochen. Durch das Hinzukommen dieses Mannes behauptet Inculpatin, an der Ausführung ihres Vorsatzes, selbst noch ins Wasser zu springen, verhindert worden zu sein: auf dem Wege nach Vorstel sei der Vorsatz, sich selbst das Leben zu nehmen, gewichen, doch habe sie bei ihrer Vorforderung auf Vorstel bereut, ihn nicht ausgeführt zu haben.

Ueber ihr Verhalten nach der Rückkehr nach Vorstel hat die Inculpatin, den Aussagen ihrer Mitmädchen Lena Blöcker, Elise Hußfeldt, Johanna Wolgast und Doris Mähl gegenüber, welche sie unverändert und lustig und vergnügt, wenigstens heiter gefunden haben, erklärt: sie sei nach der That allerdings bedrückt gewesen, habe jedoch zu vermeiden gesucht, es merken zu lassen; auch könne sie nicht leugnen, daß der Meiereiknecht sie sowohl, wie die andern Mädchen angefaßt, dann aber habe sie, wie die andern, ihn vom Leibe geschoben; Veranlassung habe sie ihm zu solchen Vertraulichkeiten gewiß nicht gegeben. Wenn ihre Mitmädchen so aussagten, wie geschehen, so wolle sie nicht dagegen streiten, sie könne nur dabei bleiben, daß sie im Herzen getrauert habe.

Hinsichtlich des Mannes, welcher nach der Erzählung der Inculpatin am Haideteich zu ihr gekommen

ist und von ihr näher als ein Mann von mittleren Jahren, der eine lederne Tasche getragen habe, bezeichnet wird, sind von der Vorsteler Gutsbehörde geeignete Nachforschungen angestellt worden, die aber ganz ohne Erfolg geblieben sind. Die Inculpatin ist darauf hingewiesen, daß sie dem Grafen Baudissin eine abweichende Erzählung von einem Mann und einer Frau, die beim Haideteich zu ihr gekommen wären und ihr das Kind abgenommen hätten, vorgetragen habe; sie hat darauf erwidert, daß sie dies gethan habe, um die Wahrheit zu verbergen, mit dem Manne aber verhalte es sich wirklich so, wie sie angegeben habe.

Auch ein anderer Punkt ist in der Untersuchung unaufgeklärt geblieben. Das Kind der Inculpatin war, als die Dencker es ihr brachte, mit zwei Oberröcken, sogenannten Pien, bekleidet; auch erinnert die Ehefrau Stehn noch, daß es zu Binzier in der Rieckenschen Wohnung, als sie ihm dort einmal die Brust gab, zwei Pien getragen hat. Die eine dieser Pien aber ward von der Inculpatin in einem Bündel mit anderm Kinderzeug, welches sie von der Dencker erhalten hatte, mit nach Vorstel gebracht, wie denn auch das Kind, als es aus dem Wasser gezogen ward, nur mit einer Pie bekleidet gewesen ist. Inculpatin hat auf Befragen erklärt, nicht sagen zu können, ob die Pie, welche nachher in dem Tuche mit Kinderzeug gefunden worden, schon bei der Ueberbringung des Kindes zu ihr darin gewesen sei. Jedenfalls könne sie sich nicht erinnern, daß sie dem Kinde die eine Pie ausgezogen und in das Tuch gepackt habe; sie müsse annehmen, daß sie in ihrem besinnungslosen Zustande am Wasser dies gethan, wenn bei ihrem Weggehen von Binzier das Kind wirklich zwei Pien angehabt habe, denn nachdem sie die Rieckensche Wohnung verlassen, habe Niemand das Kind in Händen gehabt, als sie. Eben so wenig könne sie sagen, warum sie den Bündel mit der Kleidung des Kindes mitgenommen habe, sie müsse dies ganz bewußtlos gethan haben. Jetzt sehe sie allerdings ein, daß sie durch das Mitbringen des Bündels Verdacht gegen sich habe erregen müssen.

Bei der rechtlichen Beurtheilung des vorliegenden Criminalfalles unterliegt es zunächst keinem Zweifel, daß der objective Thatbestand einer Tödtung constatirt ist. Der der Inculpatin bestellte Defensor hat dies in Abrede zu stellen versucht, weil in den Acten bei der unterlassenen Section und da das Geständniß der Inculpatin sich nicht über das Leben des Kindes unmittelbar vor der That verbreite, keine hinreichende Gewißheit darüber vorliege, daß das Kind wirklich in dem Augenblick, als die Mutter es habe ins Wasser fallen lassen, gelebt habe; auf die Darlegung dieser Bedenken ist ein Antrag auf Erkennung der Absolution der Instanz für die Inculpatin begründet worden. Wäre auch die Annahme des Defensors eine richtige, so rechtfertigte sich aus derselben sein gestellter Antrag noch nicht, da nach der richtigen Theorie ein Versuch auch am untauglichen Objecte begangen werden kann,

Köstlin, System des Deutschen Strafrechts, I, S. 229,

hier also jedenfalls ein nächster Versuch der Tödtung statuirt werden müßte. Aber es fehlt auch den erhobenen Zweifeln ihre Berechtigung, mag es immerhin nicht gerechtfertigt sein, daß das untersuchende Gericht die den Umständen nach mögliche Section wegen vermeintlicher Unnöthigkeit derselben unterließ. Das Geständniß der Inculpatin, welches nach anerkanntem Grundsatz auch für den objectiven Thatbestand beweisend ist, giebt eine hinreichende Gewißheit für das Leben des Kindes im fraglichen Momente an die Hand. Zwar ist man nicht berechtigt, ihre kurze Aeußerung im ersten Verhör: „sie habe das Kind, welches gelebt, aber nicht geschrien habe, ins Wasser fallen lassen," dahin zu deuten, als wenn sie ein Geständniß in Beziehung auf den hier erörterten Punkt enthalte, denn bei späterer und eingehenderer Vernehmung hat Inculpatin ihre Angabe dahin modifieirt, daß sie zwar erinnere, wie das Kind, als sie sich auf dem ersten Wall an der Tannenhölzung niedergesetzt, sich noch gerührt habe, daß sie aber, während sie *mit demselben* am Wasser gesessen, aus Mangel an Besinnung keine bestimmten Lebenszeichen bemerkt habe. Aber wie es der Inculpatin selbst nicht zweifelhaft ist, daß das Kind, als sie es ins Wasser hat hineinfallen lassen, gelebt habe, da sie es ja lebend aus Binzier mitgenommen, da es noch bei dem ersten Wall an der Tannenhölzung gelebt habe, so können auch dem unbefangenen Urtheil keine irgendwie berechtigte Zweifel sich aufdrängen. Daß das bisher völlig gesunde, schon vier Monate alte Kind auf dem kurzen Wege von jenem Wall bis zum Haideteich plötzlich und der Mutter, die doch bis zur Verübung der That selbst nach eigener Darstellung nicht ohne alle Besinnung war, ganz unbemerkt eines plötzlichen Todes sollte gestorben sein, ist eine Behauptung, die nur auf die allervagesten Vermuthungen sich stützen kann. Es sind reine, aller actenmäßigen Stütze nicht blos, sondern auch aller Wahrscheinlichkeit ermangelnde Möglichkeiten, auf welche der Defensor hinweis't: daß das Kind durch unachtsames Halten, etwa abwärts mit dem Kopf, oder durch ein unvorsichtiges Einwickeln seines Kopfes in das Umschlagetuch oder durch einen heftigen, krampfhaften Druck an die volle Brust der Inculpatin könne erstickt sein. Alle diese Handlungen, auch wenn sie wirklich vorgenommen wären, worüber nicht das Ge-

ringste vorliegt, würden doch nicht haben bewirken können, daß das viermonatliche Kind der Inculpatin in Folge derselben lautlos und bewegungslos in einem Moment seinen Geist sollte aufgegeben haben. Die Exculpationsmomente bedürfen aber bei allem **favor defensionis** doch eines gewissen Beweises; und dieser ist aus der bloßen Hinweisung auf höchst unwahrscheinliche Möglichkeiten nicht zu entnehmen.

Steht es aber fest, daß das Kind der Inculpatin, als es ins Wasser gelangte, gelebt hat, so ist damit die absichtliche Tödtung desselben durch die Inculpatin gegeben; ihr Ausdruck, daß sie das Kind ins Wasser habe fallen lassen, welcher, ohne weitere Erklärung hingestellt, wohl zu der Annahme eines nur culposen Verhaltens hätte führen können, kann nach der bestimmten Erklärung der Inculpatin, daß das Kind nicht aus Versehen ins Wasser gefallen sei, nur auf ein absichtliches Handeln bezogen werden. Die Inculpatin hat ihr Kind über dem Wasser gehalten, dann losgelassen und es solchergestalt ertränkt, welchen Ausdruck sie auch gegen den Gutsherrn von Vorstel gebraucht hat.

Die einzige zweifelhafte Frage ist die, ob ein Mord oder nur ein Todtschlag von der Inculpatin an ihrem Kinde verübt worden ist, und bei Beantwortung derselben ist man, da die That ohne Zeugen verübt ward, lediglich auf die Beurtheilung ihres Geständnisses hingewiesen. Dies geht dahin: daß sie ohne verbrecherische Gedanken, vielmehr in der Absicht, bei einer Cousine in Oldesloe Hülfe zu suchen, von Vinzier mit ihrem Kinde fortgegangen, daß ihr aber, bei dem nach Oldesloe führenden Wege angelangt, die wahrscheinliche Nutzlosigkeit dieses Beginnens und damit der Gedanke gekommen sei, wie es am besten sei, daß sie sich mit dem Kinde davon mache, daß sie mit diesem Gedanken einen durch eine Tannenhölzung und in weiterer Fortsetzung nach Vorstel zurückführenden Fußsteig eingeschlagen habe, daß sie am Eingang in die Tannenhölzung auf dem Wall sich hingesetzt und fortwährend darüber nachgedacht, was sie mit dem Kinde und sich selbst aufstellen solle, sich auch, jedoch ohne Entscheidung über die Ausführung, entschlossen habe, mit dem Kinde sich davon zu machen, daß sie darauf weiter gegangen, beim Verlassen der Tannenhölzung sich wieder auf den Wall hingesetzt und hier den Entschluß gefaßt habe, sich mit dem Kinde in den nahen Haideteich zu stürzen, dann aufgestanden und bis zum Teich gegangen sei, wo sie sich hingesetzt und, nachdem sie eine Weile, länger als an den vorigen Stellen, gesessen, das Kind, ohne sich der Absicht, es zu ertränken, damals deutlich bewußt gewesen zu sein, habe ins Wasser fallen lassen, worauf sie an der Ausführung ihrer damals noch gehegten Absicht, sich dem Kinde nach ins Wasser zu stürzen, durch das Hinzukommen eines unbekannten Mannes gehindert worden sei. Es fragt sich nun, ob das von der Inculpatin entworfene Bild der Wahrheit entspricht; denn manche Thatsachen deuten allerdings auf ein anderes Bild. Sehr wenig glaublich erscheint zunächst ihre Erzählung von dem Manne, der zu ihr am Haideteich gekommen, theils weil alle Nachforschungen nach demselben vergeblich geblieben sind, theils weil kaum anzunehmen, daß dieser Mann, welcher nach ihrer Erzählung von Vorstel herkommend mit ihr umgekehrt ist und sie bis dicht vor Vorstel begleitet, sie so ohne Weiteres ihrem Schicksal sollte überlassen haben, wenn wirklich, wie man nach der Darstellung der Inculpatin annehmen müßte, Mitleid mit ihr oder Verdacht so sehr in ihm rege geworden wäre. Es fehlt auch an allen Angaben der Inculpatin über ihre Gespräche mit dem Unbekannten und auf Vorstel hat sie auch, nach abgelegtem Geständniß, dieses Mannes nicht gedacht; vorher hatte sie dort, um die Wahrheit zu verhehlen, eine Erzählung von einem Mann und einer Frau, welche ihr das Kind abgenommen hätten, vorgebracht. Wahrscheinlicher Weise hat jene erste Ausflucht sie auf die zweite gebracht; auch ihr Vertheidiger glaubt ihrer Erzählung nicht und ist des Dafürhaltens, daß sie dem Unbekannten die Rolle anweise, welche in Wirklichkeit der Instinkt der Selbsterhaltung für sie gehabt habe. Hier handelt es sich indessen nur um eine versuchte Beschönigung; gravirlicher für die Inculpatin ist der Umstand, daß sie mit einem Kleidungsstück ihres Kindes nach Vorstel zurückgekehrt ist. Denn es liegt die Annahme nahe, daß sie dem Kinde das Stück vor dem Ertränken ausgezogen habe, und wenn dies der Fall, die Vermuthung, daß es in der gemeinen Absicht, dasselbe für sich zu conserviren, geschehen sei, wodurch denn die That der Inculpatin ohne Weiteres als ein mit kalter Ueberlegung verübter Mord sich darstellen würde. So auffallend aber und so wenig erklärlich das Mitbringen dieses Kinderrockes auch ist, so fehlt doch für die eben angedeutete Ansicht die hinreichende Begründung. Denn handelte die Inculpatin überhaupt bei ihrer That mit so ruhiger, fast unnatürlicher Ueberlegung, daß sie ihrem zum Tode bestimmten Kinde den Rock abziehen, in das Tuch legen und mitnehmen konnte, so mußte dieselbe Ueberlegung ihr mit Nothwendigkeit sagen, daß dies Kleidungsstück, wenn offen nach Vorstel mitgebracht, ihre That verrathen müsse. Sie hat aber nach ihrer Rückkehr keine Anstalt zum Verbergen desselben getroffen, vielmehr das Tuch, worin der Rock mit anderen von der Dencker ihr schon am Morgen überlieferten Kleidungsstücken des Kindes enthalten war, offen in ihrer Schlafkammer, die sie mit andern Mädchen getheilt hat, hingelegt, wo denn auch bald der von dem Tuch nicht einmal ganz bedeckte Kinderrock gese-

hen worden ist und den ersten Verdacht gegen die Inculpatin erregt hat. Wahrscheinlicher ist es daher, daß der fragliche Rock, mit welchem das Kind beim Verlassen von Vinzier noch bekleidet gewesen, unterwegs auf irgend eine nicht näher zu ermittelnde Weise dem Kinde entfallen oder demselben von der Inculpatin, ohne daß sie sich dessen entsinnt, abgezogen und in das Tuch gepackt, demnächst aber völlig vergessen worden ist. Ein zweites gravirendes Moment ist das heitere Verhalten der Inculpatin nach ihrer Rückkehr auf Vorstel. Die Aussagen ihrer Mitmädchen stimmen in diesem Punkte überein, die Inculpatin selbst bestreitet auch eigentlich die Thatsache nicht, und schwerlich kann man ihrer Ausrede, daß sie im Herzen getrauert habe, Glauben schenken, da ein wirklich tiefes Fühlen der begangenen Unthat ihr auch den äußeren Schein der Munterkeit, das Essen mit gutem Appetit und das „Jachtern" mit dem Meiereiknecht hätte zur Unmöglichkeit machen müssen, vielmehr darf man annehmen, daß die Inculpatin zunächst wirklich sich erleichtert gefühlt hat. nachdem die Sorge und Last mit dem Kinde ihr genommen war, bis die Furcht vor der Entdeckung sich einstellte, welche im nächtlichen Traum durch ihren Ruf „ich habe es nicht gethan" sich offenbarte. Allein es ist nicht zu verkennen, daß dies leichtsinnige Verhalten der Inculpatin einen Schluß auf die Art, wie die That vollführt ist, wenigstens nicht mit Sicherheit gestattet und nur im Allgemeinen es als erklärlich erscheinen läßt, daß die Inculpatin, welche noch dazu von ihrem Vater als rasch und entschlossen geschildert wird, überhaupt dazu gelangen konnte, sie zu vollführen.

Nach dem Vorstehenden wird nun allerdings die Berechtigung fehlen, der Beurtheilung eine andere Annahme des Herganges, als die aus der eigenen Darstellung der Inculpatin sich ergebende, zu Grunde zu legen; aber auch die letztere führt schon zur Annahme eines verübten Mordes. Der Todtschlag erfordert einen im Affect gefaßten und in demselben Affecte vollführten Entschluß der That, und daß ein mit Ueberlegung gefaßter Entschluß in einem später entstandenen Affecte vollführt wird, läßt bekanntlich eine Tödtung noch nicht als Todtschlag erscheinen,

Feuerbach, Lehrbuch des peinl. Rechts, § 216. 217.

Daß die Inculpatin nun ihren Entschluß, das Kind zu ertränken, in einem gewissen Affect ausgeführt habe, daß sie sich in dem Momente, als sie es ins Wasser hineinfallen ließ, der Absicht des Ertränkens nicht deutlich bewußt gewesen sei, braucht man nicht zu bestreiten; denn selten wird ein schweres Verbrechen, außer von einem verhärteten Verbrecher, ohne Affect im Augenblick der Vollendung verübt werden, und für die Inculpatin mußte, wenn sie wirklich entschlossen war, sich nach dem Kinde den Tod zu geben, dieser Selbstmordsgedanke ihre Aufregung noch erhöhen, wobei andererseits freilich nicht zu übersehen ist, daß ihr späteres leichtfertiges Verhalten nicht eben auf einen vorhergegangenen, sehr gewaltigen Affect deutet. Daß aber der Entschluß zur Tödtung des Kindes von der Inculpatin ebenfalls im Zustande des Affects gefaßt worden sei, liegt nicht vor. Ihre Lage war allerdings eine peinliche, als sie in ihrer Hoffnung, ihr Kind in Vinzier unterzubringen, nach langem Hin- und Herreden durch die Wortlosigkeit der Riecken sich getäuscht sah; dies Gefühl veranlaßte sie auch zu der Aeußerung: sie gehe nicht wieder nach Vorstel zurück, das erste Wasser gehöre ihr und ihrem Kinde. Nach eigener späterer Erklärung war aber diese Aeußerung nicht ernstlich gemeint, und die Lage der Inculpatin war doch in der That nicht eine so verzweiflungsvolle, daß sie derartige Gedanken hätte motiviren können, und ihre Aeußerung, daß ihr durch das stete Hin- und Herreden der Riecken fast die Besinnung vergangen sei, klingt etwas nach Uebertreibung. War sie auch mit ihrer Hoffnung, das Kind auf längere Zeit unterzubringen, abgewiesen, so war sie doch nicht augenblicklich mit demselben hülflos ins Weite hinausgestoßen. Sie konnte in Vinzier übernachten und am andern Morgen das Weitere absehen; wenigstens will die Ehefrau Riecken sie gefragt haben, ob sie nicht bei ihnen bleiben wolle, und sie erzählt selbst, die Riecken habe ihr gesagt, sie könne die Stehn bitten, daß sie die Nacht dort bleiben möge, da diese jedoch ein- und ausgelaufen, so sei sie nicht dazu gekommen, sie zu bitten. Oder Inculpatin konnte mit dem Kinde zu einer Cousine in Oldesloe sich begeben; sie beschloß dies auch Anfangs, muß also damals ihre Lage noch nicht als hoffnungslos betrachtet haben, gab aber diesen Plan aus dem unzureichenden Grunde auf, weil ihre Cousine und sie sich während ihres Dienstes in Oldesloe nicht um einander gekümmert hätten. Von diesem Moment an scheinen ihr die verbrecherischen Gedanken gekommen zu sein, zunächst der Gedanke, daß es das Beste sei, sich mit dem Kinde davon zu machen; und die Stadien des gefaßten Entschlusses liegen in ihrer Erzählung klar genug vor Augen. Am Eingang der Tannenhölzung sitzend, denkt sie fortwährend darüber nach, was sie mit dem Kinde und sich selbst anfangen solle, und gelangt zu dem Entschluß sich davon zu machen. Hier ist noch Ueberlegung vorhanden und die Existenz eines Affectes nicht zu behaupten, hier ist aber auch schon in weiterer Verfolgung des anfänglichen Gedankens, daß der Tod mit dem Kinde das Beste sei, der Entschluß zur Tödtung gefaßt. Freilich noch in völlig unbestimmter Weise, da über die Art der Ausführung alle Entscheidung fehlt, aber beim Verlassen der Tannenhölzung, nach-

dem sie wieder auf dem Walle sich niedergesetzt, erhält der Entschluß der Inculpatin die bestimmte Form, sich mit dem Kinde in den nahen Haideteich zu stürzen. Hier ist also jedenfalls der Entschluß zur Tödtung des Kindes vorhanden, welche selbstverständlich deshalb um nichts weniger den Character des Verbrechens trägt, weil die Inculpatin damit den Entschluß zur eigenen Tödtung in Verbindung gesetzt haben will. Die beschlossene That wird aber noch nicht sofort vollführt, die Inculpatin geht zum Teich, setzt sich hier mit ihrem Kinde nieder, längere Zeit, als an den andern beiden Stellen, bis denn schließlich die That vollbracht wird. Man hat demnach das Bild eines in seinen verschiedenen Phasen vom ersten Auftauchen des verbrecherischen Gedankens an bis zur Ausführung verlaufenden Verbrechens vor Augen, dem eine psychologische Wahrheit nicht abgesprochen werden kann. Gerade mit diesem allmähligen Hervortreten und Sichbilden des Entschlusses, dem Zögern mit der Ausführung desselben ist die Annahme eines das Bewußtsein trübenden und die Möglichkeit der Ueberlegung aufhebenden Affectes völlig unvereinbar. Einen solchen Affect aber, den die Carolina als „Jähheit und Zorn" bezeichnet, setzt der Todtschlag als Erforderniß voraus, nicht jede abnorme Gemüthsstimmung, wie sie auch bei der Inculpatin, als sie über die Tödtung ihres Kindes und ihrer selbst nachdachte, ohne Zweifel vorhanden gewesen ist, reicht hin, eine begangene Tödtung für einen Todtschlag zu erklären,

Köstlin, System des Deutschen Strafrechts, S. 187.

Wer vom Affect ergriffen ist, denkt nicht nach, überlegt nicht, der Entschluß wird im Drang der einstürmenden Gefühle gefaßt und regelmäßig sofort, jedenfalls ohne Zögern und Zurückschrecken vor der That, zum Vollzuge gebracht. Die Inculpatin aber hat augenscheinlich vor der Ausführung des schon gefaßten Mordgedankens sich gescheut; noch zuletzt, nachdem sie in der verbrecherischen Absicht, wie sie angiebt, mit dem Kinde zum Haideteich gegangen, sitzt sie dort, ohne sie sofort zu vollführen, aber auch andererseits, ohne sie aufzugeben, denn die Annahme, daß sie am Haideteich ihren verbrecherischen Entschluß aufgegeben habe, dann aber plötzlich im Affect auf denselben zurückgekommen sei und ihn vollführt habe, ist eine Supposition, die wenigstens in den eigenen Erklärungen der Inculpatin keine Begründung findet.

Es muß daher im Widerspruch mit der Ausführung des Defensors, welcher mit sehr lebhaften Farben und übertrieben die Lage seiner Clientin und ihre dadurch angeblich hervorgerufene Aufregung geschildert, und im Widerspruch mit dem Untersuchungsgericht, welches sich dahin ausgesprochen hat, daß der Inculpatin gewiß die ruhige Ueberlegung gefehlt habe, um sich der Größe des von ihr begangenen Verbrechens bewußt gewesen zu sein, und sich daher ebenfalls für die Annahme eines Todtschlages entschieden hat, behauptet werden, daß die Inculpatin den Entschluß zur Tödtung ihres Kindes nicht im Affect gefaßt hat, wenn sie auch im Momente der Ausführung sich im Affect befunden haben mag, der indessen nach ihrer eigenen Darstellung nicht einmal von langer Dauer gewesen sein kann, indem sie sich deutlich der Absicht, die sie nach dem Hineinwerfen des Kindes gehabt haben will, wieder bewußt ist. Es liegt daher kein Todschlag, sondern ein Verwandtenmord gegen sie vor. Dabei muß es dann dahingestellt bleiben, wie weit es der Inculpatin mit ihrer angegebenen Absicht, sich selbst nach ihrem Kinde den Tod zu geben, Ernst gewesen ist. Daß sie, selbst nach dem an dem Kinde verübten Verbrechen, die Ausführung unterließ, zeugt von einer nicht großen Intensität des Entschlusses. Möglich, daß sie sich den Selbstmordsgedanken vorgespiegelt hat, um die Tödtung des Kindes damit gewissermaaßen vor sich selbst zu rechtfertigen.

Es war demzufolge gegen die Inculpatin die Strafe des Verwandtenmordes zu erkennen, welche, da auf geschärfte Todesstrafe nicht mehr erkannt wird, die Enthauptung mit dem Beile ist.

Bei der Begnadigungsfrage sprachen allerdings manche Rücksichten für die Inculpatin. Es ist nicht zu verkennen, daß ihr ganzes Verhältniß zu dem Kinde ein trauriges war. Sie hatte, von dem Armenwesen mit Strenge behandelt, kaum eine Stelle finden können, wo sie ihr Kind zur Welt bringen sollte, und als es geboren war, ward es ein Gegenstand der Last und der Sorge für sie, so daß es ganz erklärlich ist, daß die Inculpatin nach Aussage mehrerer Zeugen für ihr Kind, welches ihr nur selten vor Augen kam, keine besondere Liebe an den Tag gelegt hat. Dazu kommt ihre nach dem Berichte des Predigers, welcher sie im Gefängnisse besucht hat, sehr mangelhafte religiöse Erziehung und die später von ihr an den Tag gelegte Reue. Andererseits aber war nicht zu übersehen, daß in der Tödtung ihres hülflosen, einzig auf sie hingewiesenen Kindes eins der schwersten Verbrechen begangen worden ist und daß ihr Verhalten nach begangener That, mochte es auch zum Theil die Betäubung des eignen Gewissens bezwecken, nicht für eine milde Beurtheilung spricht.

Das Holsteinische Obercriminalgericht sah sich aus diesen Erwägungen zu dem Antrag veranlaßt, daß die Inculpatin zur Begnadigung bis auf eine funfzehnjährige Zuchthausstrafe empfohlen werden möge, und es ist darauf zufolge des nachstehenden Rescripts des

Oberappellationsgerichts die Begnadigung der wegen Verwandtenmordes zum Tode verurtheilten Inculpatin in dem beantragten Maaße erfolgt:

Frederik der Siebente &c.

In Untersuchungssachen wider die Inculpatin Christina Magdalena Pünner aus Badendorf, wegen Verwandtenmordes,

wird dem Holsteinischen Obercriminalgericht auf dessen Bericht vom 22. Juli d. J., unter Rücksendung der Acten, hierdurch eröffnet:

daß,

in Erwägung, daß die am 28. Mai v. J. von einem unehelichen Sohne entbundene Inculpatin ihrem freiwillig und wiederholt abgelegten Geständnisse zufolge am 1. October v. J. mit ihrem bis dahin bei der Ehefrau Dencker in Steinfelderheide untergebracht gewesenen Kinde von Borstel aus nach Vinzier sich begeben, um es verabredetermaaßen bei der Ehefrau Riecken daselbst in Kost zu geben, dann als diese sich der Annahme desselben geweigert und Inculpatin nach verschiedenen vergeblichen Versuchen, das Kind auch nur vorläufig unterzubringen, zur Rückkehr genöthigt gewesen ist, mit demselben, nachdem sie den Anfangs gehegten Gedanken, zu einer Cousine in Oldesloe zu gehen, aufgegeben, einen durch eine Tannenhölzung und in weiterer Fortsetzung nach Borstel führenden Fußweg eingeschlagen, daß sie hier, während sie am Ausgange der Tannenhölzung auf dem Walle gesessen, den Entschluß gefaßt hat, sich mit dem Kinde in den nahen Tralauer Haideteich zu stürzen, in dieser Absicht nach dem Teiche gegangen ist und, nachdem sie noch eine Weile in der Nähe desselben gesessen, ihr über dem Wasser gehaltenes Kind in das Wasser hat hineinfallen lassen, worauf sie an der Ausführung ihrer Absicht, sich selbst nach dem Kinde zu ertränken, durch das Hinzukommen eines ihr unbekannten Mannes gehindert sein will;

in Erwägung, daß die von der Inculpatin demnächst recognoscirte Leiche ihres Kindes, an welcher bei der vorgenommenen gerichtlichen Besichtigung keine äußeren Spuren von Gewaltthätigkeit bemerkt worden sind, am 9. October v. J. am Rande des Haideteiches gefunden worden ist, daher die Thäterschaft der Inculpatin nicht zu bezweifeln ist;

in Erwägung, daß auch eben so wenig, wenn gleich die Vornahme der Section von dem Gericht unterlassen worden ist, daran gezweifelt werden kann, daß das Kind der Inculpatin durch ihr absichtliches Hineinfallenlassen desselben ins Wasser seinen Tod gefunden hat, da sie mit dem lebenden Kinde nach Aussage mehrerer Zeugen Vinzier verlassen, und wenigstens nicht lange, bevor sie es ins Wasser hineinfallen lassen, noch Bewegungen desselben bemerkt hat, sie auch selbst, obschon sie in dem letztgedachten Momente wegen Mangels an Besinnung keine bestimmte Lebenszeichen bemerkt haben will, doch nicht daran zweifelt, daß das Kind damals gelebt habe, wie denn auch überall keine Umstände vorliegen, welche zu der Annahme berechtigen, daß das vier Monate alte und völlig gesunde Kind der Inculpatin ihr unbemerkt in dem kurzen Zwischenraum zwischen den vorerwähnten beiden Momenten eines plötzlichen Todes sollte gestorben sein; und

in Erwägung, daß die der Inculpatin solchergestalt zur Last fallende absichtliche Tödtung ihres Kindes als ein Mord zu betrachten ist, da aus ihrer eigenen Darstellung hervorgeht, daß sie mit Ueberlegung und nach längerem Nachdenken darüber, was sie mit dem Kinde und sich selbst anfangen solle, den Entschluß der Tödtung gefaßt und denselben in zögernder Weise zur Ausführung gebracht hat,

> die Inculpatin Christina Margaretha Pünner aus Badendorf, wegen verübten *Verwandtenmordes*, mit dem Beile vom Leben zum Tode zu bringen ist und die Kosten der Untersuchung aus ihrem Nachlaß, soweit derselbe dazu hinreicht, zu entnehmen sind.

Das solchergestalt abzufassende Straferkenntniß ist der Inculpatin zu publiciren, und erst nach geschehener Publication derselben zu eröffnen, daß Se. Majestät der König zufolge Allerhöchster Resolution, d. d. Frederiksborg den 17. November d. J., die erkannte Todesstrafe aus Allerhöchster Gnade bis auf eine funfzehnjährige Zuchthausstrafe zu mildern Sich bewogen gefunden.

Hiernach hat das Holsteinische Obercriminalgericht das Erforderliche zu veranlassen.

Urkundlich ꝛc. Gegeben im Königl. Oberappellationsgerichte zu Kiel, den 29. November 1856.

Allerhöchst privilegirte

Holsteinische Anzeigen.

Redigirt von den Obergerichtsräthen Henrici und Lucht.
Gedruckt bei Augustin in Glückstadt.

52. Stück. Den 29. December 1856.

Alphabetisches Inhaltsverzeichniß.




Widener Library
3 2044 098 659 055